

法人应如何分类

评《民法总则》的选择

王 涌^{*}

摘 要 《民法总则》之所以最终采营利法人和非营利法人的法人元分类,一是对《民法通则》传统的继承,二是为解决实践中的非营利法人问题,具有合理性。营利法人的一般规定实质上发挥了商法典总则的部分功能。法人分类与法人形态法定主义有密切联系。社团法人和财团法人的分类是法人的构造维度的分类,两者之间的差异在减少,甚至存在重叠。中国非营利法人立法中存在体系的叠床架屋和治理的空心洞的困境,我国应制订一部《非营利法人法》,以弥补这些缺陷。《民法总则》中“非法人组织”的概念存在内在矛盾,不是一个成功创新,非法人组织的本质就是法人。信托也是隐藏的法人。法人是社会自组织的工具,立法机构应在营利法人和非营利法人的元分类下,将各类“非法人组织”纳入两类法人。应当将非法人组织(合伙企业)赋予法人资格,改造为无限公司。民法典最终应废止“非法人组织”的概念。民法典不应吝啬法人的供给。

关 键 词 法人分类 非营利法人 社团 财团 非法人组织

一、导语:法人的元分类

法人有林林总总的分类,而所谓元分类是指最基本的分类。

元分类按其功能又可以分为两种:一是理论意义上的元分类,二是立法意义上的元分类。所谓“立法意义上的元分类”应符合两项特征:一是立法所使用的分类,而非仅仅停留在理论上;二是民法典立法层面上所使用的最基本的分类。立法意义上的法人元分类与法人形态法定主义原则紧密相连。

^{*} 中国政法大学民商法学教授。

法人的元分类在法律史上是不断变化和丰富的。

在英美法系,早期普通法上就有法人的元分类,一种是宗教法人与世俗法人之分,另一种是独任法人和集合法人之分。^{〔1〕}据梅特兰的考证,最早的独任法人可以追溯至1448年,集合法人则更早。^{〔2〕}1844年英国颁布《合股公司法》(Joint Stock Company Act),1862年颁布《公司法》(Company Act),关于法人的法律开始走向法典化、现代化。立法上的营利法人和非营利法人的元分类开始出现,^{〔3〕}在英国1862年《公司法》上,公司分为股份有限公司和保证有限公司两种基本类型。^{〔4〕}前者是营利法人的组织形式,后者是非营利法人的组织形式,^{〔5〕}但都规定在《公司法》中。其实,英国的《公司法》实质上是一部法人法,而非专门关于商事法人(公司)的法典。

在美国,营利法人和非营利法人的元分类在立法上就表现得更为突出。美国有两部模范法人法,一部是《模范商事法人法》(Model Business Corporation Act)即《公司法》,另一部是《模范非营利法人法》(Model Nonprofit Corporation Act),被各州采用。

与英美法系不同,大陆法系则采社团与财团的法人元分类。社团法人概念源自罗马法,财团法人概念源自教会法,历史悠久。社团和财团作为法典的法人元分类,则肇始于1896年的德国民法典,至今已有120年的历史。^{〔6〕}

在法典上,法人的元分类是十分重要的,因为法典需要提取公因式,对元分类的法人进行最基本的规定。例如,民法法系国家采社团和财团的法人元分类,民法典对社团和财团各作基本规定,为各类具体的社团和财团提供共同的规则。此种立法技术的合理性在于:一是建构一种从一般到特殊的民法体系,层层递进,结构清晰,易于理解;二是节约立法成本,无须在规范

〔1〕 关于普通法上宗教法人(ecclesiastical corporation)与世俗法人(lay corporation)之分、独任法人(corporation sole)和集合法人(corporation aggregate)之分,See Stewart Kyd, *A Treatise on The Law of Corporations*, Vol.1, London: J. Butterworth, 1793, p.22. 这是英国出版于1793年的关于法人的系统著作,影印版见 The Lawbook Exchange Ltd 2006年版;另参见 Cecil Thomas Carr, "Early Forms of Corporations", in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Boston: Little Brown and Company, 1909, p.161.

〔2〕 F.W.Maitland, *State, Trust and Corporation*, Cambridge: Cambridge Press, 2003, p.12.

〔3〕 英国历史上最早的关于非营利事业的立法是1601年颁布的《慈善用益法》(*The Statute of Charitable Uses*),但这是关于慈善信托的最早的法律,而不是关于法人的,因为信托不是法人。

〔4〕 股份有限公司(company limited by shares)和保证有限公司(company limited by guarantee)之分在澳大利亚、爱尔兰、香港等国家和地区的公司法也存在。保证有限公司在设立时,成员不需要出资,但需在章程中承诺对公司债务的保证责任范围。公司解散时,成员按其承诺对公司债务承担保证责任。该类公司用于俱乐部、慈善等非营利目的。英国公司法第3条第3款规定了保证有限公司:“如果成员的责任被限定在他们承诺当公司清算时向其缴纳出资,则公司是‘保证有限公司’。”见 Mayson, *French & Ryan on Company Law*, 24th ed., Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 48—50; Lipton, Herzberg and Welsh, *Understanding Company Law*, 15th ed., Sydney: Thomson Reuters, 2010, p.65.

〔5〕 英国慈善法(*Charity Law*)规定了慈善法人组织(Charitable Incorporated Organization),而慈善法人组织则采用保证有限公司的形式。

〔6〕 Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, translated by Francis S. Philbrick & Ernest G. Lorenzen, New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1918, p.153.

各类具体的法人时,再重复制定一般性的规则。

大陆法系民法有从一般到特殊的层级化的立法嗜好,^{〔7〕}英美法系则不同。英美法系无民法典,所以,没有立法的层级结构,一般采用以一部单行法彻底地解决问题的立法技术,毕其功于一役。英美法系虽有法人元分类,却无多层次分类,追求立法的简明实用,不喜提取公因式,所以,英美法系上所谓法人元分类实质是法人的一次性分类。美国以两部模范法典分别规范营利法人和非营利法人,少有其他特别法。英国则更极端,将营利法人和非营利法人基本上集中在一部《公司法》中予以规定,不喜欢叠床架屋。

综述可见,立法采取何种法人的元分类,并无天经地义的固定模式,不应迷信一种模式。

二、中国民法上的法人元分类的演变

1949年前,清朝末年的民法草案和中华民国民法典,均仿德日民法典,采社团和财团的法人元分类。但是,中华人民共和国成立后的第一部民法基本法《民法通则》却未采社团和财团的法人元分类,而采企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人的元分类,2017年《民法总则》则采营利法人和非营利法人的元分类,有其特殊的背景和原因。

(一)1986年《民法通则》担负建构企业法人的政治任务,已蕴含企业法人与非企业法人的元分类

虽然《民法通则》的起草是依循大陆法系的传统,但在一些基本概念的采用上,起草者十分强调中国的实际。1985年彭真委员长在全国民法通则(草案)座谈会上强调:“立法要从中国实际出发,解决中国的实际问题,并且以我们的社会实践来检验”。^{〔8〕}

1986年《民法通则》建立法人制度是具有急迫的政治任务背景的——为国有企业改制奠定法人制度的基础。1984年10月中国共产党十二届三中全会《关于经济体制改革的决定》指出:“要使企业真正成为相对独立的经济实体,成为自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者,具有自我改造和自我发展的能力,成为具有一定权利和义务的法人”。所以,企业法人概念成为《民法通则》法人分类的现实出发点,自始就蕴含了企业法人和非企业法人元分类。

在民法通则起草时,全国人大法工委起草人员已经将民法通则的四类法人简单分为企业法人和非企业法人,正如顾昂然先生所说:“《民法通则》规定的法人包括两类:一类是企业法人,另一类是机关、事业单位和社会团体法人”。^{〔9〕}他将机关、事业单位和社会团体法人归为

〔7〕 进入当代,欧洲国家的民法典的此种嗜好似乎越来越强烈,例如在1992年《荷兰民法典》中,关于消费者买卖合同的规范,在法典中从一般到特殊可经过六个层面:法律行为——债——合同——双务合同——买卖合同——消费者买卖合同,纵向分层达六层。《葡萄牙民法典》中层次就更多。See Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer: Kluwer, 2001, p.10.

〔8〕 彭真:“在全国民法通则(草案)座谈会上的讲话(1985年12月4日)”,载《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,第395页。

〔9〕 顾昂然:“《民法通则》的制定情况和主要问题(1986年7月28日最高人民法院民法通则培训班)”,载《立法札记》,法律出版社2006年版,第228页。

与企业法人相对的“另一类”，这与《民法通则》法人部分的章节安排相一致，企业法人独成第二节，而机关、事业单位和社会团体法人合为第三节。

(二)1986年《民法通则》未采用财团法人概念的政治社会背景

除上述的政治背景外，《民法通则》没有采用财团法人的概念还有其他客观因素。

第一，当时已经存在事业单位的概念，该概念在功能上已经涵盖财团法人，差别在于事业单位一般限于国家设立，而非民间设立，财团法人则侧重于私人捐赠设立的非营利组织。

这与古罗马早期无财团法人概念的原因很相似。那时，从事扶贫救困的慈善机构均是政府的机构，是政府内部的部门，所以，无须赋予独立的法律主体资格。之后，公元392年，基督教成为罗马帝国的国教，基督教教会出现，教会从事慈善活动，独立于政府的慈善机构才在罗马帝国出现，被赋予主体地位，罗马法上才产生了具有财团法人性质的概念——universitates bonorum。^{〔10〕}

第二，当时中国不存在私人、民间或所谓“社会力量”举办的非营利组织，所以，无需财团法人的概念。中国民办的非营利组织是在《民法通则》颁布十年之后才开始出现和发展的。

第三，财团法人概念过于生涩，^{〔11〕}且财团一词易引发误解，^{〔12〕}与社会主义意识形态格格不入。

(三)十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》对《民法总则》起草的影响

虽然民事立法是基础性法治工程，尤其法典更具有极强的学术性，但不可忽视的是，民事基本法的立法技术和立法体例的选择与政治背景是有着密切的关系的。即使学术色彩极其浓重的《德国民法典》中的一些具体制度的设计同样也有深刻的政治背景，例如财团法人制度的设计，其直接政治目的是国家为了限制教会的权力。^{〔13〕}在中国，具体的法律制度和立法体例背后的政治根源同样值得重视。

民法典的起草是十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确定的政治任务，但《民法总则》法人部分的起草，则更多地受2013年11月中国共产党十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》的影响。该决定指出：“激发社会组织活力。正确处理政府和社会关系，加快实施政社分开，推进社会组织明确权责、依法自治、发挥作用”。该决定将发展非营利组织提高到一个前所未有的政治高度。非营利法人显然是《民法总则》起草中的一出重头戏，是一项重要的政治任务。

〔10〕 John Chipman Gray, *The Nature and Source of the Law*, 2nd ed., New York: The Macmillan Company, 1912, pp.58—59.

〔11〕 江平教授语，笔者记于1996年中国政法大学民商法博士生“民商法专题研究”课堂笔记。此外，“在《民法通则》起草时，有人主张不用‘合伙’概念，因为容易联想到贬义词‘团伙’”，从这段回忆可见当时《民法通则》的启蒙意义和起草的艰巨。参见滑璇：“江平对谈王泽鉴：中国民法典怎么立”，载《南方周末》2017年4月27日。

〔12〕 在中国的一般语境中，财团是指“资本主义社会里控制许多公司、银行和企业的垄断资本家或其集团”。参见《现代汉语词典》，中国社会科学院语言研究所词典编辑室编，商务印书馆2011年版，第124页。

〔13〕 Rudolf Huebner, *supra* note 6.

(四)《民法总则》需对过去廿年中国非营利法人的发展进行总结

社会力量举办的非营利组织在中国的蓬勃发展,突破了《民法通则》关于法人的传统分类,该问题亟待解决。在2002年第四次民法典起草时,这一问题就已经凸显。顾昂然先生说:“与民事主体问题相关联的还有法人分类,民法通则将法人分为企业法人、机关、事业单位和社会团体法人,现在社会中中介组织越来越多,民办、合资办学校、医院等日益增加,很难归入民法通则划分的四类法人。有关民事主体以及法人分类,如何规定为好,需要进一步研究。”〔14〕

如何将过去二十年实践中出现的非营利法人纳入民法法人分类中,是《民法总则》起草时面临的一个重要问题。其实,《民法总则》起草前,我国立法早已开始使用“非营利法人”的概念,〔15〕《民法总则》非营利法人一节实质上是对中国过去廿年非营利法人实践在法典层面上的总结。

全国人大法律委员会主任委员乔晓阳先生说:“民法通则将法人分为企业法人和机关法人、事业单位法人、社会团体法人四类。随着我国经济社会的发展,新的组织形式不断出现,法人形态发生了较大变化,民法通则的法人分类已难以涵盖实践中新出现的一些法人类型,也不能适应社会组织改革发展方向,有必要进行调整完善”。〔16〕

全国人大法工委主任李适时先生说:“经反复比较,草案按照法人设立的目的和功能的不同,将法人分为营利法人和非营利法人两类,主要考虑一是营利性和非营利性能够反映法人之间的根本差异,传承了民法通则按照企业和非企业进行分类的基本思路,比较符合我国的立法习惯,实践意义也更为突出;二是将非营利性法人作为一类,既能够涵盖事业单位法人、社会团体法人等传统法人形式,还能够涵盖基金会和社会服务机构等新法人形式,符合我国国情;三是适应改革社会组织管理制度、促进社会组织健康有序发展的要求,创设非营利法人类别,有利于健全社会组织法人治理结构,有利于加强对这类组织的引导和规范,促进社会治理创新”。〔17〕

总之,营利法人与非营利法人之所以被《民法总则》最终采纳为法人的元分类,是基于三种力量:一是源于《民法通则》的概念路径依赖的历史惯性,二是为解决实践中的非营利法人问题的现实主义思路,三是完成执政党布置的“创新社会体制”的政治任务的立法表现。

〔14〕 顾昂然:“关于《中华人民共和国民法(草案)》的说明(2002年12月23日)”,载《立法札记》,法律出版社2006年版,第358页。

〔15〕 例如2004年《基金会管理条例》第2条:“本条例所称基金会,是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产,以从事公益事业为目的,按照本条例的规定成立的非营利性法人”。2016年11月《民办教育促进法》修订,开始使用营利性民办学校和公益性民办学校的分类,见第19条第一款:“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。但是,不得设立实施义务教育的营利性民办学校。”

〔16〕 全国人大官网, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywx/2017-04/14/content_2019851.htm, 最后访问日期:2017年4月20日。

〔17〕 李适时:“关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明(2016年6月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员第二十一次会议上)”,载《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第11页。

三、法人形态法定主义与法人分类

(一)法人形态为什么法定

法人形态为什么采法定主义?其原理与财产权法定主义是一样的,^{〔18〕}因为法人形态的效力是对世的,不仅限于设立人之间。外部人判断一个组织是否是法律上的主体,需要客观的法律标准,法人的形态种类需经法律规定确定,方可被外部人识别。经法律确定的法人形态种类,其数目是有限的,内容是固定的。发起人依据法律确定的法人形态类型,设立法人,经法定程序成立法人,产生对世效力。

(二)法定什么:法人的本质要素和非本质要素

法人形态法定主义首先将法人形态类型限定于一定数目(Numerus Clauses),此谓类型固定。然后,再对各特定类型的法人的本质要素进行规定,法人的本质要素包括如下三项,是法律必须予以规定的内容:

一是规定法人最抽象的质——主体性,这是法人概念最抽象的规定性,各类型的法人在这一点上是绝对相同的,就如同“存在”是万事万物共同具有的最抽象的质。

二是规定特定形态的法人的目的,如行使公法目的或私法目的、营利目的或非营利目的等。法人不同于自然人,自然人本身就是目的,而法人是法律基于特定的目的而建构的,特定目的构成法人概念的第二项规定性。

三是规定特定形态的法人的实体构造,包括机关、资本、名称等,主要是机关构造——内部的意思形成机关、外部的意思表示机关,这是两个不可或缺的机关。一般的,法人内部的意思形成机关和外部的意思表示机关应有不同的机关分别承担,如公司法上的治理结构,此谓复杂的机关构造,或谓分权制的机关构造。但也有特殊例外,如全民所有制企业,采厂长(经理)负责制,将两者授予厂长(经理)一身;再如英美法上的独任法人(Corporation Sole)也是如此,此谓单一的机关构造,或集权制的机关构造。此外,机关构造还有成员制和非成员制之分。

除上述三项是法人的本质要素外,其他的要素都是法人的非本质要素。

(三)本质要素和非本质要素区分的哲学基础:经拟制说改造的法人实在说

本质要素和非本质要素的区分不是臆断的,它的哲学基础是关于法人的本质的学说。传统的学说有拟制说和实在说两种,但都只揭示了法人本质的某一侧面。

拟制说认为法人是拟制的,是在目的范围内被拟制为法律主体,一旦超越目的范围,该法人就被视为不存在。实在说则认为,法人作为法律主体,是一种有机而实在的存在。拟制说忽视了法人一经拟制,就成为法律上的一种实在的持续的存在。^{〔19〕}而实在说忽视了法人不经法律拟制无以成为法律上的主体。

〔18〕 参见王涌:“财产权谱系、财产权法定主义和民法典《财产法总则》”,《政法论坛》2016年第1期,第103—118页。

〔19〕 法人本质学说中拟制与实在可在分析哲学中命名理论(A Theory of Naming)中予以更深入的理解,可参考:Saul A. Kripke, *Naming and Necessity*, Cambridge: Harvard University Press, 1980.

本文主张经过法人拟制说改造过的法人实在说,或者是经过法人实在说改造过的法人拟制说。它的中心理论是,法人是法律拟制或建构的,否则无法成为法律上的主体,但一经拟制或建构,法人就实在地存在着,^[20]其主体性质具有稳定性,即使超越目的范围,它的主体性质也依然存在。

法人的拟制性质决定了法人的目的性,它必然为特定目的而生,决定了“目的”是法人的本质要素。

法人的实在性质决定了法人必须有实体构造,实体构造是其存在的基础,这决定了“实体构造”是法人的本质要素。

当然,某项具体要素是否是法人的本质要素,需要细致的分析。例如法人的责任形式非常重要,是法人的本质要素,但不独立构成一项法人的本质要素,因为责任形式已经包含在法人的主体性要素中;因为法人是独立主体,当然独立承担责任,不累及股东,除非法律有相反规定。再如“是否可以分配利润和剩余财产”,是非营利法人的本质要素,但也不独立构成一项法人的本质要素,因为它已经包含在非营利法人的目的要素中。

再如其他的要素,如营利法人应当纳税,“应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任”,^[21]虽也具有强制性,适用于全部营利法人,但不是营利法人的本质要素,与营利法人的形态无关,是营利法人的外在义务。再如“中小企业”的概念,《中小企业促进法》以及有关部门发布的《中小企业标准暂行规定》所认定的“中小企业”,也不构成独立的企业或法人形态,因为“规模”不是法人形态的本质要素。再如社会企业(social enterprise)的概念,它也不构成一种独立的企业或法人形态,因为它是以商业运作的方式,实现社会或公益目标,它的特殊性表现在经营者的理念和运营模式,而“运营模式”不是法人形态的本质要素,其形态依然是营利法人。

总之,法人的本质要素是内在要素,具有规范性,对于发起人设立法人的行为具有直接的规范效力,一旦被违反,则不产生特定法人形态成立的法律效果;非本质要素是外在要素,有的有规范性,不规范发起人设立法人的行为,而是规范法人成立后的行为,有的甚至无规范性,仅是对现有的法人形态的其他特征的描述。

(四)法人分类:目的维度的分类与构造维度的分类

从上述法人形态的三项本质要素看,由于主体性是共同的,无差异,无法成为分类的标准,但后两项即目的和实体构造却是不同的,可以成为分类标准。所以,法人分类无论如何复杂,在元标准或本质标准的层面上,只有两种分类标准,一是目的维度的分类,二是构造维度的分类。

所谓目的维度的分类是以法人的目的和功能为标准的分类,具有相同目的和功能的法人归属一类,例如营利法人和非营利法人的分类、公法人和私法人的分类,公法人中的机关法人的类属更为典型,它是以行使公权力为目的的法人的类属。

[20] Eric W. Orts, *Business Person - A Legal Theory of the Firm*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.33.

[21] 《民法总则》第86条。

所谓构造维度的分类,主要是按法人的实体构造特别是机关构造方式作为标准的分类,具有相同内部的机关构造的法人归属一类,例如社团法人和财团法人之分,前者的机关中有成员,意志自主,后者则无成员,受外在意志制约。

(五)法人分类中的目的维度和构造维度之间的关系

具有相同目的的法人,其机关构造可能相同,也可能不同。某些类型的法人,其目的维度和构造维度具有同一性,具有相同的目的,也具有相同机关构造。也有一些类型的法人,如非营利法人,目的相同,但机关构造可能不同,或为社团,或为财团。

立法中的一个具体问题是,如果在目的维度上进行法人分类后,立法需基于分类提取公因式,公因式是否既包括目的维度的公因式,也包括机关构造维度的公因式?回答是肯定的。例如《民法总则》关于营利法人的一般条款(公因式)显然既规定了营利目的的界定,即可以分配利润,也规定了营利法人的机关构造,营利法人的形态强制除目的强制外,也包含机关构造结构的强制性——即权力机关、执行机关和监督机关三权分立的强制构造。

当然,在这一问题上,营利法人是很特殊的,因为营利法人必然是社团法人,^{〔22〕}中国没有财团法人型的营利法人,民法法系国家也无财团法人型的营利法人,原因在于,财团法人在历史上的出现,是为慈善与公益目的而设立,而不是营利目的;其次,财团法人在机关构造上无成员,不分配利润和剩余财产,与营利法人的目的相悖。^{〔23〕}可见,目的维度上的营利法人天然地捆绑着构造维度上的社团法人,营利法人的公因式也在一定程度上必然包含了社团法人的公因式。

另外,需要注意的问题是,行业分类与目的维度分类和构造维度的分类的关系,例如学校法人、医院法人等是行业分类,但以前却将其归入非营利法人,这是错误的,因为行业与目的并无必然联系,学校和医院既可以是营利的,也可以是非营利的。2016年11月《民办教育促进法》终于厘清了这一问题,该法第19条规定:“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。”

(六)法人形态法定主义的立法技术:从民法典到单行法

在民法法系国家,法人形态法定主义是通过多层次立法最终完成的。民法典是第一层面,确定法人的元分类,以及在元分类基础上的再分类,并对各法人类型作基本规定,之后再通过单行法,对具体法人类型作特别规定甚至再分类。

单行法可以对某特定法人形态中的本质要素进行规范,规范的可能方式有三种:一是对本质要素再具体化或特殊化,形成某特定法人形态的“细化的亚形态”;二是补充民法典在某特定法人形态的本质要素上的空白,通常是机关构造要素,与民法典共同塑造一种法人形态;三是在某本质要素项下,作与民法典不同的规定,而形成特别法,形成某特定法人形态的“变异的亚形态”;当然,也可以仅对某特定法人形态中的非本质要素进行规范,但不构成法人形态法定主

〔22〕 营利法人中的一人公司与国有独资公司似乎不符合社团法人“人的集合体”的本质,但是,相对于财团法人而言,社团法人的本质并不在“多人之集合”,而在于其是否有成员,是否有自我意志,是否受制于外在意志,即使只有一个成员,也符合社团法人的本质。参见本文第5部分的阐述。

〔23〕 在商事领域,投资基金相似于财团法人,其法律性质是信托,不是形式上的法人,但是隐蔽的法人,参见本文第9部分的阐述。

义中的“法定”。

单行法是特别法,一般而言,特别法不应与民法典冲突,由此可以构成从一般到特殊层层递进的法人形态法定主义的立法结构,但在实践中,特别法与普通法冲突难免。由于特别法优先适用于普通法,民法典在性质上不是宪法,作为特别法的单行法极易架空民法典,此为“解民法典”(decodification)现象,^{〔24〕}民法典关于法人形态的一般规定可能成为一堆具文。例如《民法总则》关于营利法人的治理结构的规定与特别法《全民所有制企业法》不同,是特别法优先?还是修改特别法?这是一个问题。

(七)民法典上法人元分类的选择:公因式提取

民法典应如何选择法人元分类,主要应考量两个因素,一是现实需要,二是立法的逻辑体系与成本。如果法人实践中存在的问题主要集中于某类法人或某种法人分类上,立法自然应将其提升至法典中的重要地位;同时,也应考虑法典的逻辑体系的统一性,是否更易于提取最重要的公因式。

《民法总则》的起草十分重视“公因式”的提取。全国人大常委会副委员长李建国先生说:“民法总则草案以1986年制定的民法通则为基础,采取‘提取公因式’的办法,将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入草案”。^{〔25〕}关于法人制度,争议集中于法人元分类是采营利法人和非营利法人的分类,还是采社团法人和财团法人的分类?其实,从逻辑上看,不同的分类路径均可涵盖和解决实践问题,“条条大路通罗马”,只是法人类型的排序序列不同,进而导致提取公因式的层次与范围略有不同,某种分类成为元分类,在此基础上所提取的公因式必然是“总公因式”,即整个民法领域内该类法人的公因式,而非限制在某领域的公因式。

法人分类与公因式提取的序列有两种:

一是从社团和财团的法人元分类出发,在社团法人项下再分营利法人和非营利法人;二从营利和非营利的法人元分类出发,在非营利法人项下再分社团法人和财团法人。在第一种序列中,将无法提取营利法人和非营利法人的总公因式;在第二种序列中,将无法提取社团法人和财团法人的总公因式。

其实,如果两类“总公因式”的提取都十分重要,民法典采双重的元分类,亦未尝不可。但是,考虑到营利法人在机关构造上的公因式与社团法人的公因式重叠,加之非营利法人问题的现实重要性,立法者的天平向营利法人和非营利法人元分类倾斜,而放弃社团法人和财团法人的元分类,就可以理解了。

四、营利法人与非营利法人分类的意义

《民法总则》采营利法人和非营利法人的元分类,在大陆法系国家的民法典立法例中是独

〔24〕 (意)那塔利诺·伊尔蒂:《解法典化的时代》,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第4卷),中国政法大学出版社2004年版,第80—107页。

〔25〕 李建国:“关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明(2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会上)”,载《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第6页。

树一帜,虽遭受不少批评,但客观地说,该立法例具有合理性,并未荒腔走板。

(一)总体判断与评价

从法理上看,营利法人和非营利法人本身就是法人的一种基本分类,正如葡萄牙民法学者安德拉德先生所说:“非营利性法人与合营组织是第一种也是最重要的一种法人分类。”^{〔26〕}

从比较法视野看,营利法人和非营利法人的元分类也非我国独创。美国关于法人的两部最重要的模范法典就是营利法人法典和非营利法人法典,是该立法例的典范。

从立法的实践需求看,《民法总则》采营利法人和非营利法人的元分类,是一举两得的立法体例。一方面,以非营利法人的概念统领了碎片化的非营利法人类型,另一方面,对营利法人进行定义,实质上确定了中国法上的商主体的概念,为进一步制订《商法通则》或《商法典》奠定基础。对于非营利法人的事业,该分类是应得之份,对于商法的发展,则是意外之喜。

(二)中国商法学会的立法建议报告

法人分类是中国民法典起草中的重要问题,法人的分类方法和标准有很多,但最基础的牵一发而动全身的分类是“元分类”。民法典中的法人的元分类将成为一个国家法人制度的顶层设计。在民法法系中,多数国家的民法典采纳了社团法人和财团法人的元分类,《民法总则》是否沿用该分类,起草过程中争议纷纭。

2015年中国商法学会向全国人大法工委提交的立法建议报告主张,中国民法典可不采纳社团法人和财团法人的元分类,而采营利法人和非营利法人的元分类,并制定一部《非营利法人法》。主要理由如下:^{〔27〕}

第一,《民法通则》并没有采纳社团法人和财团法人的概念和分类。在《民法通则》颁布之后,在三十年的实践中,我国已经逐步形成了一些独特的非营利法人的类型。除事业单位外,主要有民办非企业单位、社会团体法人和基金会三类,对应的法规是:《民办非企业单位登记管理暂行条例》(1998年颁布)、《社会团体登记管理条例》(1998年颁布)和《基金会管理条例》(2004年颁布)。

虽无财团法人的概念,非营利法人在我国实践中也在发展,财团法人概念在实践中的重要性并不凸显。《民法通则》以企业法人为中心的法人分类传统应予以继承与发展。

第二,财团法人和社团法人在立法实践中出现“形态接近”现象,甚至出现社团与财团混合型法人,两者的法律差别在逐渐减小。

第三,美国法中也无社团法人和财团法人之分,而代之以营利性法人和非营利性法人的分类。可以参考美国立法例,在民法典中规定营利性法人和非营利性法人的分类,并制定一部《非营利法人法》的单行法,作为非营利法人的基本法。

〔26〕 (葡)曼努埃尔·德·安德拉德:《法律关系总论》(第一卷),吴奇琦译,法律出版社2015年版,第85页。

〔27〕 参见王涌:“中国需要一部具有商法品格的民法典”,《中国法律评论》2015年第4期,第38页。另见:“民法总则法人部分座谈会简报(2015年10月28日)”,载《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第523页。

第四,更为重要的是营利性法人和非营利性法人的分类是中国实践中最急需解决的问题,也是最有实践意义的分类。

其意义不仅仅是理论分类,更在于通过民法典将非营利法人创设为一种基本的法人形态,现有的社会团体法人、基金会法人、民办非企业单位(民办事业单位)等均采纳该法人形态。目前,尚无法解决法人资格的非营利组织,如现有的13.9万个宗教活动场所,无须另行立法,直接登记为该法人形态,即可解决法人资格问题。今后,出现新类型的非营利组织,都无须单独立法,直接纳入其中即可,即使相关行政管理立法滞后,也不妨碍它们获得法人资格。

总之,对于非营利组织,应将法人资格、结社的行政许可和公益认定等在立法上予以分离,民法典解决非营利组织的法人形态问题,国务院的条例等行政立法解决非营利组织的管理问题如结社许可、公益认定、税收减免等,这是一个可行的立法思路。否则,现有的条块分割的立法模式将严重束缚非营利法人的发展。

此外,在中国实践中,人们缺乏对营利法人和非营利法人的区分的正确认识,最错误的认识是,非营利法人的本质是不从事营利活动,而忽略其“不分配利润和剩余财产”的本质法律特征,认识误区危害甚大。

如果民法典采营利法人和非营利法人的分类,并对各自的法律特点特别是非营利法人的法律特点予以明确规定,对于澄清实践中的模糊认识和做法将大有裨益。

非营利法人的营利活动的权利应当在民法典中予以肯定,民法典应当明确界定什么是非营利法人,明确规定非营利法人的本质是“不分配利润、不分配剩余财产”,而不是不从事营利活动。

第五,在民法典营利性法人和非营利性法人的分类基础上,制定《非营利法人法》,将大大节省立法资源,并对统一非营利组织法将有重大意义。现行的民办非企业单位立法、社会团体法人立法和基金会立法各自为阵,其实很多问题是一样的,重复立法,耗费立法资源,并引发混乱。如果制定《非营利法人法》有困难,可在民法典中适当增加非营利法人的一般条款,同时国务院制定一部《非营利法人条例》,也是可选择的方案。

第六,更重要的是,采营利性法人和非营利性法人的分类,民法典必将对营利性法人概念作出界定,这将使营业概念的定义在民法典中有了落脚点,成为民法典的商法品格的概念支点。

2016年立法机关在最初的民法总则草案中就采纳了营利法人和非营利法人的元分类,^[28]一直没有动摇,直至《民法总则》正式颁布。

(三)《民法总则》中的营利法人的一般条款的意义

《民法总则》采提取公因式的立法技术,制定了营利法人的一般条款,该部分实质上构成了商主体的总则的一部分,也实质上构成了我国商法总则的一部分。该部分重点规定了如下四个问题,需要深入分析:

[28] 参见赵旭东:“民法总则草案中法人分类体系的突破与创新”,《中国人大》2016年第14期,第18页。

第一,《民法总则》中的营利法人概念的规范意义。

《民法总则》第76条定义了营利法人的概念:“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人,为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”

该条虽然是概念定义型的条款,但不是简单的技术性条款,它本身即具有丰富的规范意义。该条规定了企业法人的“营利性”,^[29]营利性具有怎样的法律规范效力,分析可以从最基本的问题开始:

——“营利性”是否限制了企业法人的权利能力范围?

首先,应强调,在“法人拟制说”下,法人的权利能力范围的概念是有意义的,因为法人在权利能力范围以外活动,被视为法人不存在,法人仅在其目的范围或权利能力范围内被认可为法律主体。

但是,我国的法人立法实质上采纳“法人实在说”,依据是《民法总则》第77条:“营利法人经依法登记成立。”法人一经登记成立,至其解散而终止,其间持续存在,即使从事目的外活动或非法活动,依然是法律上的主体。所以,在“法人实在说”下,所谓法人权利能力范围的概念已经没有意义,权利能力范围就是权利的范围。所以,问题应当这样表述:

——“营利性”是否限制了企业法人的权利范围?

该问题又可细分为如下三个问题:

1.什么是营利目的?以非营利事业为目的,是否可以采取营利法人的组织形式。

《民法总则》第76条界定营利法人时,使用了“目的”一词:“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”;第87条界定非营利法人时,也使用了“目的”一词:“为公益目的或者其他非营利目的”。

这里,涉及“营利目的”和“非营利目的”两个重要的概念。营利法人和非营利法人是以目的维度而划分的,如何界定什么是营利目的?什么是非营利目的?

一般说来,“目的”是一主观性质的概念,但是,作为法人形态的本质要素——“目的”,却是一种客观特性,而非主观特性。德国商法通说也否认营利目的的主观特性,它认为,“一个企业是否以营利为目的,纯属内部问题。以营利为目标虽然在实际中是典型的营业概念和商人身份的特征,但在法律上没有必要使它成为一个必要条件”。^[30]作为营利法人形态的本质要素——“营利目的”,表现为一种客观特性,即有权“分配利润给股东”,与之相反的是,非营利法人的“非营利目的”则是无权或禁止“分配利润给股东”,都是一种法律关系,而非心理学上的主观状态。

所以,以非营利事业为目的(心理学上的目的),也可以采取营利法人的组织形式,因为在营利法人的形态下,有权向出资人分配利润,是一种许可和权利,所以,经全体出资人同意可以放弃分配利润,从而在实际功能上接近于非营利法人,但其“形态本质”依然是营利法人。

此种情形通常发生在设立非营利法人十分困难的国家,例如俄罗斯,旨在从事非营利事业

[29] 《民法总则》草案原使用“营利性法人”和“非营利性法人”,后改为“营利法人”和“非营利法人”。

[30] (德)C.W.卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第35页。

的发起人无奈采取公司的形式才获得合法地位,“以营利组织的形式从事慈善活动”。〔31〕 在中国也同样存在类似情况。〔32〕

2. 营利法人设立后,是否可以从事非营利活动? 是否可以以非营利事业为主要活动。正如上述,这里有一个奇妙的逻辑:因为营利法人之“营利性”在于可以分配利润和剩余财产,这不是强制性规定,而是许可性规定,只要经全体出资人同意,可以放弃。此外,所谓从事营利活动之“营利”,或所谓从事非营利活动之“非营利”,皆是主观上的目的,并不是营利法人之“营利性”,也不是非营利法人之“非营利性”。《慈善法》第 111 条规定“慈善组织以外的其他组织可以开展力所能及的慈善活动”,实质上肯定了营利法人的权利范围或权利能力可以扩展至非营利领域。

这里出现一个重要问题,营利法人开展非营利活动,有无限度? 如果经全体出资人一致同意,则无限度。反之,则有限度,因为必然侵害异议出资人的利益。所以,超过限度,即使特别决议也属无效,但是,限度标准是什么? 这是一个难度,如何在理论上和法解释学上构建限度标准,是一个重要课题。目前在实证法上,可以依据《慈善法》上所规定的“力所能及”标准进行理论建构。

那么,营利法人是否可以非营利事业为主要活动? 其实,这依然是限度的问题,是限度问题的极端情形。答案依然如上所述,如果经全体出资人同意,则是合法的。否则异议股东在公司法上有多种救济途径,如主张大股东滥用权利,侵害公司利益,或主张相关决议无效等。但是,是否可以违反“法人形态的类型强制”,即《民法总则》第 76 条,而主张相关决议和合同无效? 值得研究。

这一问题对于国有企业是十分重要的,国有企业除承担经济功能即营利目的,还承担社会和政治方面的功能即非营利目的,后者甚至可能超过前者,《民法总则》关于企业法人营利性的规定是否会对国有企业的功能和性质产生影响?

3. 对于公司董事会职权的性质与范围是否有影响。

明确企业法人的营利性本质,实质上也确定了公司董事会的职权性质与界限——营利性,超越营利性或营业领域的事项,董事会则无职权,相关权力应属于股东会。

但是,《民法总则》第 86 条同时规定了营利法人的社会责任,该条与《公司法》第 5 条几乎相同。企业法人社会责任原则将对董事信义义务的标准和责任认定产生一定影响。

第二,《民法总则》第 77 条规定了营利法人的登记与成立,第 68 条规定法人经清算和注销登记而终止。这两条在法解释学上是可以做文章的。可以此为基础,主张中国法上采法人实在说,或者经拟制说改造的法人实在说,这是公司行为能力、侵权能力和犯罪能力存在的基础,十分重要。第 77 条规定的登记成立,说明登记是法律拟制的工具,通过登记将法人拟制为法律主体;第 68 条规定法人经清算和注销登记而终止,说明法人成立后一直持续存在,是法律上

〔31〕 Lester M. Salamon, *The International Guide to Nonprofit Law*, New York: Wiley, 1997, p. 23.

〔32〕 如著名的洪范法律与经济研究所的组织形式一直是股份合作制企业法人,天则经济研究所也是登记为企业法人。再如,由于宗教活动场所一直无法登记为非营利法人,少林寺于 1998 年注册登记为企业法人。

的实体。

第三,《民法总则》第79—82条规定了营利法人的治理结构,确定了权力、执行和监督三权分立的机构设置,以及对其他企业法人即非公司型的企业法人的影响。

《民法总则》第87条所谓“其他企业法人”,是指全民所有制企业法人、集体所有制企业法人、股份合作制企业、中外合作法人型企业(非公司)。

虽然全民所有制企业已经基本改制完毕,但在实践中依然残存。^{〔33〕}所以,全民所有制企业没有经国企改制而成为历史,它依然是中国经济生活中的一种“活的企业类型”。集体所有制企业情况也类似。

《民法总则》关于营利法人三权分立的治理结构的规定,具体影响可能是,进一步促进“其他企业法人”的改革,将三权分立的治理原则全面地贯彻在“其他企业法人”的组织结构中。当然,从法律适用的角度看,因为“其他企业法人”的法律规定是特别法,依“特别法优于普通法”的原则,不改革似乎在法理上也可维持现状。现有的全民和集体所有制企业,仅仅是企业改制后的稀少的存在,终将退出。所以,《民法总则》第79—82条对历史遗留的企业形态的影响,不是一个大问题。

重要的是,该条对“其他企业法人”的影响是面向未来的,未来的立法也可能创设出新型的非公司型的企业法人,则应当遵循第79—82条所规定的三权分立的治理结构。

第四,出资人的权利不得滥用(最低限度的信义义务)。

《民法总则》第83条规定:“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的,应当依法承担民事责任。营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任,逃避债务,严重损害法人的债权人利益的,应当对法人债务承担连带责任。”该条实质上规定了营利法人出资人之间以及出资人与法人之间的最低限度的信义义务,意义重大。

根据此条,人格否认规则将适用于“其他企业法人”,显然主要是全民所有制企业,背后的股东国资委也将适用企业人格否认制度。

遗憾的是,营利法人的一般条款没有规定董事、监事、高级管理人员对于营利法人的信义义务(fiduciary duty),而只是规定了其中一项忠实义务,即第84条“不得利用关联关系损害法人的利益”。如此安排,整体的逻辑脉络的体系性受到影响。

(四)营利法人和非营利法人元分类的缺点

虽然营利法人和非营利法人元分类有其优点,但缺点也是明显的。《民法总则》缺少关于社团的一般性定义,而该定义是民法典上一些重要制度的概念前提,例如“无权利能力社团”。《民法总则》虽然规定了“非法人组织”,但没有规定“无权利能力社团”,前者无法替代后者,“无权利能力社团”应当在未来民法典编纂时补充规定。

《德国民法典》第54条关于无权利能力社团的规定就是在社团法人一章中,借社团法人的

〔33〕 浏览中国裁判文书网,搜索“全民所有制企业”关键词,可得11349个查询结果,可见作为诉讼当事人的全民所有制企业大量存在。<http://wenshu.court.gov.cn>,最后访问日期:2017年4月4日。

定义来定义“无权利能力社团”。我国民法典应在何种体例下规定“无权利能力社团”？是考虑营利与非营利、社团与财团二元分类并行？还是另觅佳途？值得研究。

五、中国民法抛弃了社团与财团的法人分类？

《民法总则》采营利法人和非营利法人的元分类，但传统民法中的社团法人和财团法人的概念与分类并未被中国民法抛弃，其实它依然存在。在学术上和立法上，需要充分了解社团法人和财团法人概念的历史起源，透视社团法人和财团法人的概念结构的本质，以做出理性而先进的立法选择。

（一）社团与财团的法人分类的历史起源

1. 社团法人与财团法人分类的概念史起源

民法典上社团法人和财团法人的元分类起源于 1896 年颁布的德国民法典。

德国民法上的社团法人概念的产生，经历了从“共同态”(Gemeinderschaft)概念至“团体”(Genossenschaft)概念、再至法人(Korporation)概念的发展过程。其中，“共同态”和“团体”是德国民法上的本土概念，^[34]而法人概念在德国民法上的最终形成，则得益于罗马法的影响。^[35]从 14 世纪起，德国人就开始尝试以罗马法上的法人理论解释德国法上的团体概念，至 16 世纪初，在帝国法院和法学家的共同努力下，终于成功。

罗马法将人的集合分为两个截然不同的类型：Universitas 和 Societas，前者有法律人格，即社团，是社团法人概念的雏形，后者无法律人格，如合伙。

康斯坦丁大帝宗教改革后，罗马法在基督教的影响下，^[36]在传统的社团法人之外开始承认一种新的主体类型——universitates bonorum(财团)，这是为宗教和慈善目的所捐赠的财产，财产本身就是可承担权利义务的独立的法律主体。所谓宗教和慈善目的如设立教堂、修道院、医院、救济院等，它通过生前捐赠或遗嘱捐赠而设立，它可以享有财产权，它可以通过代理人从事活动，如果捐赠人在章程中没有规定代理人，则由治安官代行，它对外转让财产有严格的限制。^[37]

但是，应该说，对于财团法人概念，首开先河的是基督教的教会法(Canon Law)，而非罗马

[34] “共同态”是指多数人之集合，就权利之取得和义务之负担，皆采共同一致之态度而达成决议，无意思机关，对外无独立人格。“团体”对外是独立主体，有法律人格，但对内仍然是多数人之集合，权利义务属于各成员，团体则不具有独立性。

[35] 参见李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 31—46 页。

[36] 早期罗马法为什么没有财团法人概念，见前注[9]。基督教对罗马法的影响很大，除了引入财团法人的概念外，也引发了查士丁尼国法大全的产生。在查士丁尼之前的几个世纪，一批哲学家在罗马法中引入基自然法法理和原则，使得罗马法更为清晰而精致，但后来基督教对罗马法进行了修改，产生了矛盾和混乱，为了消除矛盾和混乱，查士丁尼任命了一批法学家，成立专门的委员会，于公元 529 年编纂完成了查士丁尼国法大全。See Carlton J. H. Hayes, Frederick F. Clark, *Medieval and Early Modern Times: The Age of Justinian to The Eighteenth Century*, New York: The Macmillan Company, New York, p.27.

[37] 查士丁尼法典 Cod.1.2.23.24.35.46.49. See William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, LLD. William Wayte, G.E. Marindin. Albemarle Street.

法。教会法创造了财团法人(Anstalt)的概念,在中世纪得以广泛使用,一直至今。在教会法理论中,财团法人是一种永恒的人格,以特定的捐赠财产为基础,为了特定的目的,受制于外在的意志,是依上帝的神旨而设立的,是独立的法律人格。

财团法人的概念从教会法传入了德国法。^{〔38〕}当然,之前德国法上已经发展出相似的概念——Sondervermögen,它特指教会的财产,如教堂的俸禄、教堂建筑物等(Fabrikvermögen),是一种独立的财产。^{〔39〕}

在德国概念法学的努力下,财团法人概念得到进一步的提炼和发展,^{〔40〕}最终《德国民法典》采纳了财团法人(Stiftung)的概念。

2. 社团与财团分类的社会政治史起源

由于教会法的影响,德国法将财团法人推广到私人捐赠设置的法人,教会法上财团法人概念被扩展至世俗社会,现代财团法人的概念逐渐形成。在这一过程中,还有许多重要的政治、宗教和哲学背景不可忽视。

(1) 由于新教的影响,教会对捐赠的垄断得以打破,捐赠向世俗社会转移。

虽然教会法中早已发展出财团法人的概念,但是教会权力过大,“自五世纪以降,凡贫病者之救济,悉由教会为之,慈善事业殆为教会完全独占”。^{〔41〕}宗教改革之后,新教崛起,新教认为人只要信仰上帝就可以救赎,救赎无须通过教会,行善也无须通过教会。

特别是“文艺复兴时代,当时人士,自我意识极强,对教会之介在捐款人和法人之间,深感不快。多主张法人之目的及其管理方法,应由捐款人自由决定,且于贫病救济之外从事于教育艺术等文化事业。及宗教改革之势崛起,对于旧教攻击甚烈。此种捐助财产,遂亦乘势化为完全独立之法人,是为财团法人(Stiftung)。”^{〔42〕}

(2) 超越“人的集合”的法人理念的发展,为财团法人概念的发展奠定了法理基础。

首先,罗马法上的法人概念,随罗马法的复兴被欧洲国家广泛接受。萨维尼说:“罗马法上的法人概念已经具有超越人的集合的性质的萌芽,罗马法在殖民地设立法人,法人是基于国家的意志,而非人的集合”。^{〔43〕}

其次,随着现代国家主权概念的出现,人们将主权视为一种理念实体,它的生命超越于人的集合,超越于朝代更替,是一种永恒存在的法人。

在超越“人的集合”的法人理念的影响下,法人并不仅指“人的集合”,基督教的财团法人概

〔38〕 Rudolf Huebner, supra note 6.

〔39〕 所以,基尔克认为,财团法人的概念有德国法的本土根源。见 Rudolf Huebner, supra note 6, p. 153.

〔40〕 但是,财团以财产为基础,是否应当予以法人资格在德国却存在激烈的争议,Alois Brinz 否认财团(stiftung)是法人。见 John Chipman Gray, supra note 10, pp. 58—59.

〔41〕 李宜琛,见前注〔35〕,第46页。

〔42〕 同上注,第47页。

〔43〕 Savigny, Friedrich Karl von, Jural Relation or, *The Roman Law of Persons as Subjects of Jural Relations*, translated by W. H. Rattigan, London: Wildy & Sons, 1884, 重印版见 Hyperion Press, pp. 75—203. 关于超越“人的集合”的法人理念,另参见 Rudolf Huebner, supra note 6, pp. 154—155.

念在法理上得以被接受。

(3) 主权国家的出现。

在自然法的影响下,德国中世纪习惯法上的团体概念被纳入绝对的主权国家的意志下,从教会法传来的财团法人的概念也接受了同样的洗礼。^{〔44〕}“十六世纪后,无论新旧教国家,凡设立财团法人者,皆须取得国家之许可,以代教会之以许。于是财团法人乃脱离教会之监督,改隶国家之管辖。然国家不过就其人格之赋予,有许否之权耳。其财产之用途,管理之方法,悉由捐款人自由决定。”^{〔45〕}《德国民法典》最终采财团法人制度,并具有鲜明的警察国家的特征,^{〔46〕}对财团法人实施严格管制,财团的设立采许可制。第80条规定:“设立有权利能力财团,除有捐助行为外,应经财团住所所在地的邦(州)之许可”。

(二) 法人意志的两种先验类型:自我意志与外在意志

社团和财团法人的元分类的出现,虽然具有历史的偶然性和曲折性,但从法人构造的逻辑结构看,法人先验地存在两种必然的意志类型:一类是自我意志,它是法人成员的集体意志,具有自我利益;另一类是外在意志,无成员,无自我利益,法人的目的是实现外在意志。

社团法人和财团法人完美地契合于法人意志二元化的分类。当然,除财团法人外,大陆法系上的机关法人、英美法系上的独任法人等,亦可归属于受制于外在意志的法人类型,因为它们无自我利益。

(三) 财团法人的法律本质:外在意志与章程

1. 财团法人的法律本质:财产的集合

法人意志的两种逻辑类型即自我意志与外在意志决定了社团法人与财团法人之间的本质差异。但是,在教科书中,通说认为财团的本质是物的集合,但如此表述无法揭示财团法人在法律上的本质特征,仅有修辞上的效果。现行的梵蒂冈《教会法典》(Code of Canon Law)也采社团法人和财团法人的元分类,在定义社团法人和财团法人时,其Can.115条也规定:“教会内的法人是人的集合或物的集合”。^{〔47〕}

2. 德国法理论中的社团法人和财团法人的差异

在德国法学史上,在国家和教会的共同努力下,社团法人和财团法人的差异理论出现了。该理论认为,“社团法人是成员的集合,其意志是集体的意志,是大多数成员的意志。而财团法人的意志非成员的意志,而是受制于外在的意志,捐赠人或创始人的意志。社团是由自身意思驱动的组织体,财团法人是由他人意思从外部推动的组织体”。^{〔48〕}

〔44〕 Rudolf Huebner, supra note 6, p.155.

〔45〕 李宜琛,见前注〔35〕,第48页。

〔46〕 参见(德)弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第461页。

〔47〕 Canon 115 § 1 Juridical persons in the Church are either aggregates of persons or aggregates of things. See *Code of Canon Law* (Latin—English Edition), Canon Law Society of America, 1983. 拉丁文原版见: *Codex Iuris Canonici*, Vatican City: by Libreria Editrice Vaticana, 1983.

〔48〕 Rudolf Huebner, supra note 6, p.155.

基尔克和科勒从法人的意志和机关两方面阐述了社团与财团的差异。基尔克(Gierke)说:“社团是由一项内在意思所创造和掌管,财团则是由一项超然意思所创造和掌管。”科勒(Kohler)说:“社团拥有支配机关(社员),财团仅有伺候服务机关(管理人)。”〔49〕

3. 财团法人的法律本质:章程维度

社团法人和财团法人的本质差异在于,财团法人制度高度重视捐助人的权力,最终具体表现在两者的章程差异上:

一是章程的制定,社团法人章程由成员制定,财团法人章程由捐助人制定,捐助人是财团法人之父,财团法人的目的由捐助人制定。

许多国家的民法典对此有明确的规定,例如《智利民法典》高度重视财团法人的捐助人(创始人)的目的与意思,其第562条规定:“须由一定数量的人员管理的公益基金会,应受创始人对之发布的章程约束;如创始人未对此阐明其意思,或者只是不完全地予以阐述,可由共和国总统补充该缺陷。”《德国民法典》第85条则规定:“财团之章程,除联邦或各邦州之法律有规定者外,依捐助行为为之。”

二是章程中的关于法人内部机关的规定,社团法人有成员大会,财团法人无成员大会,有理事会。

三是章程的修改,特别是对章程中的目的条款的修改,社团法人社员大会有权修改,财团法人理事会无权修改。

财团法人的目的条款的变更需经国家权力干预,例如《德国民法典》第87条规定:“财团之目的不能完成或其完成危及公益时,主管官始得为财团另行指定目的或将财团撤销。”〔50〕《韩国民法典》第46条“财团法人的目的及其他变更”规定:“财团法人目的不能实现时,经主管机关许可,设立人或理事可以参照设立的宗旨,变更其目的或章程的其他规定。”〔51〕

(四)中国法中的事实上的财团法人:基金会和民办非企业(法人)单位

虽然《民法通则》没有使用财团法人的概念,但是,判断在中国法中是否存在财团法人,不能仅仅看法律概念与名词,而应看制度的实质。在中国的非营利组织法中,基金会和民办非企业(法人)单位是实质上的“财团法人”,是国务院法规创设出的事实上的“财团法人”。基金会的财团法人性质容易理解,这里重点分析民办非企业(法人)单位的财团法人性质。

中国的事业单位一直为国家垄断,上世纪90年代国家垄断开始松动,民间力量可以创办事业单位,从事公益、慈善等非营利事业,民办事业单位开始出现。

1996年7月中央政治局常委会专题研究民间组织管理工作,决定将此类组织命名为“民办非企业单位”,归口民政部门统一登记。1997年7月国务院颁布《社会力量办学条例》。

〔49〕 基尔克和科勒的论述参见(葡)曼努埃尔·德·安德拉德,同前注〔26〕,第76页。

〔50〕 《德国民法》,赵文俊、徐立、朱曦译,五南图书出版有限公司印行1992年版,第14页。

〔51〕 《韩国最新民法典》,崔吉子译,北京大学出版社2010年版,第141页。

1998年10月国务院颁布了《民办非企业单位登记管理暂行条例》，明确了民办非企业单位的内涵和外延，条例第2条规定，民办非企业单位是“企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织”。“民办非企业单位”不是严谨的法律术语，术语的改革一直在酝酿中。目前，《民法总则》已将“民办非企业单位”改称为“社会服务机构”。

民办非企业(法人)单位的法律规范空白甚多，但少数几个条文的规定，仍然可以显露其财团法人的本质：

1.基于捐赠而设立：在设立民办非企业(法人)单位时，出资方被要求签署《捐赠承诺书》。^{〔52〕}

2.无成员：相对于社会团体法人，民办非企业(法人)单位无会员大会或者成员代表大会作为权力机关。^{〔53〕}

3.目的不可擅自变更：章程修改包括目的条款的变更应经管理机关的审查同意，理事会无权变更。^{〔54〕}

以上三点完全符合财团法人的本质特征，足以证明民办非企业(法人)单位的财团法人的本质，但是，条例中规定的另两种类型——民办非企业(个体)单位和民办非企业(合伙)单位，却是具有成员的，又符合社团的特点，是社团与财团的混合体。

民政部正在修订《民办非企业单位登记管理条例》《社会服务机构登记管理办法》，征求意见稿已经废除个体和合伙型的民办非企业单位，^{〔55〕}修订后，民办非企业单位的财团法人的特征更加凸显。

(五)《民法总则》中的财团法人(捐助法人)

捐助法人是财团法人的另一种表述，两者是同义语。《民法总则》使用捐助法人概念，显然是为了回避财团法人概念可能引发的歧义。教会法中财团法人概念使用“Anstalt”一词，而《德国民法典》中财团法人概念使用“Stiftung”一词，“Stiftung”本身有“捐助、捐赠、捐助创办”

〔52〕 在北京市民政局登记民办非企业(法人)单位，所采用的《捐赠承诺书》的内容格式如下：“本人充分了解，本人自愿出资举办民办非企业单位，在民办非企业单位依法成立后，所出开办资金成为该民办非企业单位的独立法人财产，由民办非企业单位独立支配，用于民办非企业单位章程规定的业务范围和事业发展，不得抽回出资。出资行为属社会捐赠，出资后本人不再享有该资产的财产权，不存在分红，不能进行出资转让。民办非企业单位依法注销的，清算后的剩余资产在业务主管单位和登记管理机关的监督下捐赠给性质、宗旨相同的社会公益组织。”

〔53〕 《民办非企业单位登记暂行条例》第12条规定，民办非企业单位根据其依法承担民事责任的不同方式分为民办非企业单位(法人)、民办非企业单位(合伙)和民办非企业单位(个体)三种。法人型仅是一种，其中，个体型的民办非企业单位本质上十分近似于信托法上的宣言信托(declaratory trust)。

〔54〕 《民办非企业单位登记暂行条例》第15条第二款规定：“民办非企业单位修改章程，应当自业务主管单位审查同意之日起30日内，报登记管理机关核准。”

〔55〕 征求意见稿统一了社会服务机构的组织类型，取消了个体型和合伙型，将社会服务机构统一为非营利性法人，见中国新闻网2016年5月26日电。<http://www.chinanews.com/m/gn/2016/05-26/7884156.shtml>，最后访问日期：2017年4月30日。

的含义,除“财团法人”的译法外,我国学者还将“Stiftung”译为“捐助法人”,也无不妥。^[56]

在立法上,《民法总则》将捐助法人的目的限于公益与宗教两种,第92条规定:“具备法人条件,为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等,经依法登记成立,取得捐助法人资格。依法设立的宗教活动场所,具备法人条件的,可以申请法人登记,取得捐助法人资格。”《民法总则》规定了捐助人的法律地位与权力,是其成功之笔,但是对于捐助法人的目的变更却没有任何规定,需要在配套法规中予以规定。

《民法总则》将宗教活动场所纳入捐助法人具有重要意义。宗教活动场所,主要是指寺、庙、堂、观等具体的宗教活动场所。经过国家宗教事务管理局与全国人大近七年的沟通,宗教活动场所作为捐赠法人的法律地位得以确立。目前,《宗教事务条例修订草案》(送审稿)第23条规定:“宗教活动场所符合法人条件的,经宗教团体同意,报县级以上人民政府宗教事务部门审核同意后,可以办理法人登记。”第25条规定:“宗教活动场所应当成立管理组织,实行民主管理。”这是《民法总则》第92条的精神在法规层面上的细化。当然,在具体实施过程中,现有的宗教活动场所登记为捐助法人,会有一些技术上的问题,例如谁是捐助者?

在宗教界形成双重法人制,即宗教团体法人和宗教活动场所法人,^[57]将极大地影响宗教团体与宗教活动场所的法律关系,将形成宗教活动场所的法人财产权制度,完善治理结构。这与历史上财团法人从教会法扩展至世俗社会相比,方向似乎相反,但意义一样重大,对于宗教财产的归属混乱甚至腐败现象将形成实质性的管制。正如李宜琛先生所云:“将宗教活动场所拟制为抽象人格,捐助财产即属此抽象人格所有,则管理人非甘冒侵害他人财产之罪名,无从染指,洵为立法技术之进步。”^[58]

捐助法人是我国法上的新概念,所以,存在与现有的相关法律法规衔接的问题,例如:登记为捐助法人的宗教活动场所,是否可以认定为慈善组织?《慈善法》第8条规定:“本法所称慈善组织,是指依法成立、符合本法规定,以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。”由于该法早《民法总则》一年颁布,其中未明确规定登记为捐助法人的宗教活动场所是否可以认定为慈善组织,但是,第8条明确慈善组织是非营利组织,并且在列举慈善组织的组织形式时,使用“等”字,表明组织形式具有一定的开放性,可以涵盖。

六、非营利法人的立法困境:法系糅合、叠床架屋与空心洞

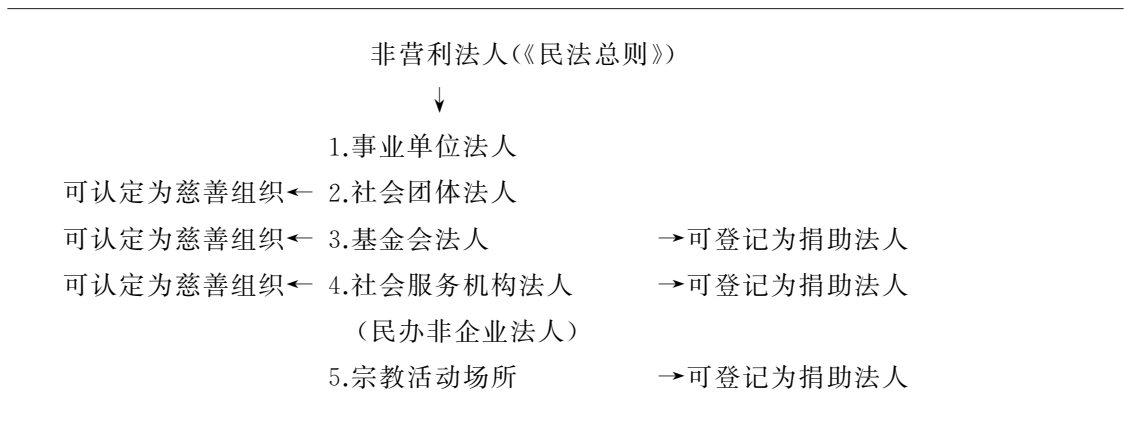
目前,我国关于非营利事业的法律和法规主要有《民法总则》《慈善法》《社会团体登记管理

[56] 较早使用“捐助法人”概念的著述主要有,江平:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,第120页;赵旭东:“论捐助法人在民法中的地位”,《法学》1991年第6期;江平:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第50页(“我国民事立法既不以社团法人定类,财团法人概念的使用也就无以对应了。‘财团法人’一语倒有些令一般公众费解,甚至易使人将其与经济学意义上的资本家财团相混淆,远不如‘捐助法人’更为确切明了。因此,在我国舍弃财团法人之语词,而保留财团法人之实质,‘捐助法人’一语当最为可取。”)。

[57] 此外,《宗教事务条例修订草案》(送审稿)第14条规定,宗教院校也可以申请法人登记。

[58] 李宜琛,见前注[35],第48页。

条例》《基金会管理条例》《民办非企业单位登记管理暂行条例》及《宗教事务条例》，形成了较为复杂的法律体系，如下图：



现行的法律体系存在以下的特点：

(一) 法系糅合

中国的非营利法人制度是苏联法系、大陆法系和英美法系多元素的糅合。在《民法总则》中，就可以看到各法系的元素，例如：非营利法人概念来自美国法，事业单位法人概念来自前苏联，^[59]捐助法人是大陆法系的财团法人的概念，而第 95 条的近似原则(Cy Près Doctrine)则来自英国衡平法。

《民法总则》第 84 条还赋予捐助人两种可诉权利，即查询权和决议撤销权，它们移植自大陆法系公司法中的股东的知情权和决议撤销权。在大陆法系各国的法律中，财团法人的捐助人有变更法人目的的权力，却无决议撤销权，^[60]因为民法典严格区分社团法人和财团法人，仅在社团法人如公司中，才赋予成员以决议撤销权，但中国立法并不顾忌。

(二) 叠床架屋

我国的非营利法人制度涉及四个层次的概念，最顶层概念是“非营利法人”，中间层概念是“捐助法人”和“慈善组织”，最底层概念是事业单位法人、社会团体法人、基金会法人、社会服务机构法人和宗教活动场所。严格说来，慈善组织不是法人形态法定主义中的概念。

概念的多层级是一种正常现象，日本的非营利法人制度也是叠床架屋，分为三层：第一层

[59] 新中国成立之初，我们模仿苏联的制度安排，将从事社会服务和科研的部门设立为“事业单位”，主要包括学校、科研、文化和医疗机构，在人事薪酬制度上与从事行政管理的政府机关相同，政府文件中通常将两者并列，统称为“行政事业单位”或“机关事业单位”。参见朱恒鹏、周彦：“为什么要取消事业编制”，《比较》2016 年第 5 辑，第 109 页。

[60] 参见褚褚莹、吕成刚主编：《欧亚三十二国基金会法律精义》2015 年第 1 版，见各国基金会法律中对组织创始人权利的规定，如德国，第 124 页。当然，《民法总则》第 94 条规定的捐助人的查询权和决议撤销权，与英美信托法中受益人的查询权和撤销权也有相似之处。

是一般社团法人和一般财团法人,第二层是公益法人,第三层是特定非营利活动法人。^[61] 第二层和第三层概念均与法人形态法定主义无关,是认定法人的一种特殊资格,而非法人形态,正如我国法上的慈善组织概念,通过认定为慈善组织而获得慈善法和税法上的特别法律待遇,如善款公募和税收优惠等。

但是,我国的非营利法人中的多层级概念,除慈善组织概念外,均是法人形态的概念,显得格外繁杂。其中,民办非企业单位的概念与基金会的概念本质上均属财团法人,两者之间的内涵、外延与功能存在重叠。

(三)空心洞

由于非营利法人的立法重公法管制而轻视私法关系,所以私法规范极少,使得非营利法人立法出现巨大的“空心洞”。非营利法人形态的壳建立起来了,但内部的私法关系却是空洞洞的,治理结构更是空洞洞的。

英国的非营利法人主要采用保证有限公司,保证有限公司可用于慈善公益、俱乐部、甚至设立“业主管理委员会”,可直接适用《公司法》。《公司法》1200 多条文既适用于商事公司,也大多可适用于非营利法人,商事公司和非营利公司同大于异,立法成本极低,公因式的提取非常成功。

美国有《模范非营利法人法》,适用于所有的非营利法人,民法法系上的社团法人和财团法人之分没有成为美国统一立法的障碍。法典共 17 章,分别规定了非营利法人的成立、目的与权力、名称、住所、成员与出资、成员大会、理事、章程修改、合并、资产处分、代位诉讼、解散、外国(外州)非营利法人等问题,详尽而细致,缜密而系统。

美国非营利法所规定的一系列问题,在中国法上大多都是空白,所以在实践中,非营利法人发生纠纷,案件数量巨大,却缺少充分的法律规则,已成为司法负担。^[62]

行政管理主导的非营利法人立法,是形成目前的局面的原因所在,条例或规章更多地从行政管理的角度进行规范,缺乏法理上的系统性,重视公法管制,而最重要的私法关系被忽视了,特别是控制人利益输送的问题出现规范空白。

在实践中,虽然非营利法人不分配利润,但普遍存在关联交易,^[63]侵蚀非营利法人的非营利性。这本应是《民法总则》重点规范的内容,但是在《民法总则》非营利法人的一般规定中,却欠缺关于治理结构、控制人的信义义务的规定,这是一大遗憾。

[61] 参见王名等:《日本非营利组织》,北京大学出版社 2007 年版,第 4—6 章,第 65—108 页。另参见王振耀主编,章高荣、黎颖露副主编:《日本公益法律制度概览》,法律出版社 2016 年版,第 3—5 页。

[62] 在中国裁判文书网上仅搜索“民办非企业单位”关键词,就有 16907 个案件,http://wenshu.court.gov.cn 最后访问日期:2017 年 4 月 30 日。

[63] 1997 年《社会力量办学条例》第 43 条规定了民办学校不分配利润和剩余财产的原则,实践中普遍存在关联交易,以解决产权归属和营利问题。例如新东方学校的案例,俞敏洪成立了“东方教育管理有限公司”,公司对新东方学校没有控制权,但新东方学校委托该公司管理其日常教学、后勤等,形成关联交易,公司从中产生利润。参见臧云鹏、贾鹏云编:《顶级歧途》,中华工商联合出版社 2002 年版,第 89 页。

七、中国需要一部统一的《非营利法人法》

(一)法人形态法定主义立法技术:细碎的类型化与概括的类型化

法典上,有的元分类虽然具有立法意义,但形态可再细分,如我国的非营利法人,它更像一种归纳描述,而非一种“最小公分母”的法人形态,可再细分为若干亚形态;有的法人元分类,在立法上本身就是一种“最小公分母”的法人形态,形态不可再分,如美国法上的非营利法人和英国法上的保证有限公司。从法人形态法定主义的立法技术的视角看,中国立法是细碎的类型化,英美立法是概括的类型化。^{〔64〕}德国与日本等民法法系国家采社团与财团二元类型化,处于概括类型化和细碎类型化之间。

概括类型化是很好的选择,英国仅规定了保证有限公司,就几乎解决了非营利法人全部组织形式和利益冲突问题,而美国以一部《模范非营利法人法》,就“一网打尽”全部非营利法人。

中国的立法采细碎类型化,叠床架屋,错综复杂,最后导致两个消极后果:

一是细碎类型化后,导致各细碎类型的目的限定化、封闭化,进而导致立法整体上非营利法人仅向有限目的开放,而走向封闭,限制了非营利法人的广阔功能,诸如业主委员会等重要组织在中国无法纳入非营利法人范畴而登记为法人,进而抑制了民间的非营利活动的积极性。

二是细碎类型化后,立法重点集中在各细碎的类型的法人的行政管理上,而忽视基本法的制定,最后在非营利法人的治理结构上却留下太多的空心洞,立法效益不高。

(二)制定非营利法人基本法的三个方案

《民法总则》规定了营利法人和非营利法人的元分类,创造了法典层面上的上位概念——非营利法人,但所提取的适用于全部非营利法人的公因式规则只有两条,即第87条中的“不分配所取得利润”,和第95条中的“不得分配剩余财产”和“近似原则”。这仅是非营利法人的最本质的两项要素,其他的均未涉及,公因式提取远远不足。

立法机构可以在《民法总则》的基础上,制定单行的非营利法人基本法,完善我国的非营利法人的法律体系。非营利法人基本法的制定可以有三个方案:

方案一:在保留现行的社会团体法人、基金会法人和社会服务机构法人的分类前提下,制订《非营利法人法》,对非营利法人进行全面提取和创建公因式,统一和完善非营利法人的治理结构,填补现存的立法空心洞。

方案二:从长远看,取消现行的社会团体法人、基金会法人和社会服务机构法人的分类,概括归类于“非营利法人”概念,制定《非营利法人法》,将“非营利法人”本身设定为一个不可再分的“最小公分母”的法人形态类型,统一现行繁杂的非营利法人类型,向所有非营利目的开放,使得未来可能出现的新形态的非营利法人在法律体系中均可寻得位置。

方案三:可以捐助法人的概念统一现有的基金会、民办非企业单位和宗教活动场所,制定

〔64〕 这与财产权法定主义的立法技术很相似,如信托法的立法技术是对财产权的概括类型化,仅规定信托结构,对财产标的、使用方式等要素不作具体规定,而物权法的立法技术则是对物权的细碎类型化,对财产标的、使用方式等要素做具体规定。

《捐助法人法》，对共同面临的问题，进行统一规定，但是这显然没有制定《非营利法人法》全面。

(三)现实问题和立法选择

现行法律体系的缺陷是明显的，制定《非营利法人法》是合理选择。

第一，在现有的社会团体法人、基金会法人和社会服务机构法人三足鼎立的非营利法人格局下，每部条例的立法都具有“目的限定的封闭化”特点，即该类型仅仅向具有特定功能和目的的非营利法人的设立开放，是一种封闭化的非营利法人立法例，如果在实践中出现一种在功能上无法归入现有的社会团体、基金会和社会服务机构的新组织类型，则无法登记取得非营利法人资格。

宗教活动场所就是一个典型的案例。宗教活动场所，长期以来无法登记为法人，因为它无法归入现行的社会团体、基金会和社会服务机构中的任一类。直到《民法总则》单设捐助法人概念，才解决了问题。如果今后，在实践中，再出现新型的非营利法人，具有新的性质和功能，如何登记取得非营利法人的资格？

在现有的类型封闭化的立法例的基础上，可能的改革方案有两个：一是将社会服务机构法人（民办非企业单位）发展为开放性类型，用以包容新型的非营利法人，^{〔65〕}二是将捐助法人发展为开放性类型，用以包容新型的非营利法人。

第二，完善非营利法人的治理结构、系统规定非营利法人的私法关系是当务之急，但是，如果按三足鼎立的模式，分别修订三部条例，分别完善和细化社会团体法人、基金会法人和社会服务机构法人的治理结构和私法关系，繁琐杂乱的重复立法是不可避免的，所以，应当走统一立法的道路，将“非营利法人”本身设定为一个不可再分的法人形态类型，涵盖社团法人和财团法人，统一提取公因式，制定统一的《非营利法人法》。当然，在理论上，该立法例会遇到这样的问题：在社团法人和财团法人的鸿沟上提取公因式如何可能？这需要怎样的立法技术？

(四)社团法人和财团法人：“形态接近”的立法趋势

1. 社团和财团混合型法人的出现

不少法人兼具社团和财团的特质，偏离法人的常态类型。因此，除了纯然的社团和财团之外，尚有不规则地混杂构成的法人。社团掺有财团因素，财团掺有社团因素，属于财团型社团或社团型财团。^{〔66〕}

《智利民法典》第545条就认可了此种具有混合性质的法人。它规定：“法人分为两类：社团和公益基金会。可存在兼有两种性质的法人。”^{〔67〕}再如《马耳他民法典》，其附录二第28条规定：“如果一个组织被设立为基金会但具有社团的特征，或者相反；并且既具有登记为基金会的资格，又具有登记为社团的资格，则在本法典中被称为‘混合型组织’。”^{〔68〕}

2. 财团法人中出现“拟制成员”

财团法人和社团法人在实践中开始接近，在法人机关构造方面，两者的相同点在于，法人

〔65〕 从实践来看，民办非企业单位具有一定的包容性，例如自贸区设立的仲裁机构，在无法设立为事业单位时，都登记为民办非企业单位，如在香港则登记为保证有限公司。

〔66〕 参见（葡）曼努埃尔·德·安德拉德，见前注〔26〕，第76页。

〔67〕 《智利共和国民法典》，徐涤宇译，北京大学出版社2014年版，第90页。

〔68〕 《马耳他民法典》，李飞译，齐云校，厦门大学出版社2012年版，第480页。

机关构造需要同样的基本要素,即法人意思表示形成机关和表达机关;两者的差异在于,一是社团法人有成员(社员),财团法人无成员,二是法人目的的变更程序不同。

社团法人中的社员权是一个重要问题,但所谓社团法人中的社员权概念的重要性主要存在于营利性法人中,因为要分配利润;而非营利的社团法人中的社员权的重要性则相对弱,它的功能主要表现在法人意思形成机制中,但财团法人可以通过“拟制成员”建构意思形成机关,所以,两者差异相对缩小。

例如日本《民法典》第39条、第37条规定了财团法人中的理事,但是在2008年12月1日新公益法人制度实施后,财团法人必须设“评议员会”。〔69〕所谓“评议员”实质上是拟制的成员,财团法人和社团法人本质上的差别只是意思形成机关的成员来源不同而已。唯一的实质性差别在于,在财团法人中,评议员会无权变更章程中的重要条款特别是目的条款,而社团法人中的社员大会则有权力变更。

另外,在英联邦国家,在作为非营利法人的主要组织形式——保证有限公司的立法中,也有类似现象,爱尔兰《公司法》第31条规定,保证有限公司的成员可以是公司发起人,也可以是在公司成立后由现有成员或理事会指定的其他人,类似于日本财团法人中的“评议员”。所谓“成员”,其法律属性发生了实质的变化。〔70〕

(五)美国的《非营利法人法》:超越社团和财团的立法技术

美国立法者对于《非营利法人法》如何处理社团和财团的关系,并不认为棘手。可能的原因是,财团法人本就不是英美法系的概念;再者,英美法中有慈善信托,承担类似财团法人的功能。当然,美国也有基金会(Foundation)的概念,但基金会有两种法律形式,一是法人形式(非营利法人),二是信托形式(慈善信托 charitable trust)。〔71〕

但是,既然是一部非营利法人法,美国立法在逻辑上也无法越过大陆法系的财团法人的问题。美国是如何通过一部《标准非营利法人法》同时规范了民法法系上的社团法人和财团法人的不同问题,立法技术何在?

《标准非营利法人法》的立法技术首先表现在非营利法人的“成员”(members)问题上。该法第6.01条规定非营利法人不要求有成员。〔72〕因此,非营利法人可分为“有成员”和“无成员”两种,有成员的称为“有成员法人”(membership corporation),无成员的称为“无成员法人”(nonmembership corporation),前者实质是社团法人,后者实质是财团法人。

〔69〕 (日)太田达男:“从公益法人改革看日本新型公益社会的构建”,载王振耀主编:《日本公益法律制度概览》,法律出版社2016年版,第49页。2015年6月8日,笔者访问日本公益法人协会(JACO)时,太田达男先生详细介绍了日本财团法人中的评议员会制度,启发良多。

〔70〕 Thomas B. Courtney, *The Law of Companies*, 3rd ed., Dublin: Bloomsbury Professional, 2012, pp.1962-1964.

〔71〕 Howard L. Oleck & Martha E. Stewart, *Nonprofit Corporations, Organizations, & Associations*, New Jersey: Prentice Hall, 1994, p.202.

〔72〕 *Model Nonprofit Corporation Act*, Official Text with Official Comments and Statutory Cross-references as of August 2008, by Nonprofit Organizations Committee, American Law Association, 2009, 6-3.

一个非营利法人是否有成员,一般由章程自由决定,但是,法律规定一些特殊功能的非营利法人则必须有成员,例如“业主委员会”(condominium apartment owner association)是必须有成员的,且须以全体业主为成员;^[73]再如工会(labor union)是必须有成员的,以雇员或雇员代表为成员。^[74]慈善组织(public charities)一般是无成员的非营利法人,但是,如果它们将捐助人确定为成员,也是合法有效的,因为章程自由的原则使然。有些组织可以登记为无成员的非营利法人,但也可以登记为有成员的非营利法人,例如环境保护组织。

美国非营利法人法的设计非常灵活,超越了大陆法系社团法人和财团法人的僵硬分类,充分发挥章程的自治效力,满足了实践中各色各样的需求,促进了非营利法人的发展。在美国,一个通过捐助行为而设立的非营利法人,却可以登记为有成员的非营利法人,这在大陆法系是难以想象的。

非营利法人可以修改章程。对于有成员法人,章程修正案须经成员投票同意,并经理事会通过。对于无成员法人,理事会有权通过章程修正案。但若是慈善法人,章程或章程细则的修改偏离其原慈善目的的,须依法获得法院或首席检察官的批准。章程修改的程序的不同,隐约显示了背后潜在的社团和财团的差别。

综上述,美国《标准非营利法人法》通过对法人章程的微妙的差别规范,解决了大陆法系上的社团法人和财团法人的差别问题,并通过统一立法,将共同的治理结构问题在一部法典中全部系统地解决了。美国的经验对于我国制定一部《非营利法人法》具有参考价值。

八、鸠占鹊巢:法人篇为什么不收编非法人组织?

关于民事主体的立法例,《民法总则》相较于《民法通则》变化较大。《民法总则》采二主体说,仅规定自然人和法人两种民事主体,将合伙置于自然人一章中规定。^[75]《民法总则》则采三主体说:自然人、法人和非法人组织。

“非法人组织”的概念是《民法总则》新创,之前,立法使用“其他组织”的概念,但考虑到“其他组织”一词含义模糊,歧义较多,被弃而不用。但理论上的问题依然没有澄清,合伙等所谓“非法人组织”在本质上是否已经是法人了?

(一)两大法系中的非法人组织(合伙)

在英国法中,也有非法人组织(unincorporated association)^[76]的概念,这是合伙之外的一个独立概念,但与合伙的性质一样,无主体资格,完全受合同法的规范,无独立的诉讼权利,团体财产关系由信托法调整,在侵权法上无侵权责任能力。可见,英国法采取的是二主体说:自然人和法人。

英国法上,合伙没有成为法律主体,主要原因是,历史上英国法的合伙法没有受到欧洲大

[73] Hawaii Nonprofit Corporation Act 524B-102(b).

[74] Internal Revenue Code, A501(c)(3).

[75] 立法过程参见江平:《沉浮与枯荣:八十自述》,法律出版社2010版,第289页。

[76] Thomas B. Courtney, supra note 70, p.21.

陆的商人法(Merchant Law)的影响,^[77]所以,合伙法未采法律实体说(legal entity theory),而采集合说(aggregate theory)。英国法彻底贯彻合伙的非主体性,如合伙与第三人签订合同,只要合伙成员有变动,退伙或入伙,合伙与第三人的合同均需变更或重新签订,因为合伙只是人的集合,不是独立的主体。^[78]

欧洲大陆深受商人法的影响,商人法上的康孟达(commenda)是商事合伙的早期形态,之后,商事合伙在各国近代商法典中摇身一变,成为“无限公司”,取得法人资格或法律主体资格。在民法法系国家如德国、法国等,《商法典》没有规定合伙企业,只规定了无限公司,以“无限公司”的新外衣确立了商事合伙的地位。我国台湾地区“公司法”也规定了无限公司,没有合伙企业的概念,但与德法立法例一样,立法理由是:“惟无限公司,就实质上观之,乃不外乎一种个人企业或合伙企业而已。本法所以认无限公司为法人,实系一种立法上之政策,俾其对外关系臻于明确,论其对内关系,带有浓厚之合伙性质”。^[79]

中国大陆的立法例却出现了合伙企业,而非“无限公司”。

合伙的主体地位是困扰中国民法学者很久的问题,合伙特别是合伙企业虽不是法人,但在中国法上享有以自己的名义对外签订合同和诉讼的权利、以自己的名义享有财产权等,与法人无并无二致,民法法人篇为什么不像苏格兰法^[80]那样收编合伙?直接将合伙企业认定为法人(legal person)?

当然,英格兰立法在规定合伙的地位时,用的词是“legal person”。英美法系中有关法人的术语也多,如 corporation、legal person、legal entity 等。英语中原本就有 corporation 一词,而 legal person 是外来语。德国法学家萨维尼发明 juristische Person 一词,奥斯丁将其译为英文 legal person。^[81]其实,legal person 和 corporation 两词都指向独立的法律主体,所以,说苏格兰法上的合伙是法人,是可以成立的。

再看大陆法系上与“非法人组织”类似的概念。在《德国民法典》中,第一章“人”仅包括两节,分别是自然人和法人,与非法人组织相似的概念是第 54 条“无权利能力之社团”的规定:“对无权利能力之社团适用于合伙之规定”。民事合伙规定在第七章“各种债之关系”的第 14 节,仅视合伙为合同关系和财产法上的共有关系,而非主体。在《德国商法典》中,未见商事合伙的概念,其实,合伙在商法典中已经变身为“无限公司”了,第 105 条第 3 款规定:“关于无限公司,以本章无其他规定为限,适用《民法典》关于合伙的规定。”

(二)重申法人实在说:关于非法人组织“部分权利能力”论的疑问

“非法人组织”不是法人,却是民事主体,概念存在内在矛盾,“部分权利能力”论成为为之

[77] William Holdsworth, *A History of English Law*, Sweet and Maxwell, 2nd edition 1937, reprinted 1992, Vol V, p.84, Vol VIII, pp.194—198.

[78] Geoffrey Morse, *Partnership Law*, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, p.5.

[79] 柯芳枝:《公司法论》(上),台湾三民书局印行 2004 年版,第 78 页。

[80] In Scotland, “a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed”。见 1890 年的苏格兰《合伙法》第 4(2)条规定。2004 年 10 月 18 号英国的法律委员会向英国的立法机构提出了关于合伙法的改革报告,建议赋予合伙以法人资格。

[81] Peter Stein: *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 125.

辩护的理论之一。^{〔82〕}

自然人之外,任何事物只要被法律认可为独立的法律主体,它的本质就是法人,法人与法律主体的概念具有统一性。在逻辑上不存在“不是法律主体的法人”,同样也不存在“是法律主体的非法人”;在法人与非法人之间,或在法律主体和非法律主体之间不存在中间状态,简而言之,权利能力的有无之间不存在中间状态,不存在所谓的“部分权利能力”。除非采法人拟制说,所谓“部分权利能力”的概念才有可能。

在法人拟制说下,一个组织被拟制为法人后,它并不是持续存在的实体,它仅在其目的范围内被视为法律主体,在目的范围外,则被视为不存在,所以,出现了有限度的权利能力范围或部分权利能力的概念。同为法人,权利能力范围却有大小之分。

在此逻辑下,就必然存在两个概念:一是抽象的法律主体资格(抽象的权利能力),二是具体的法律主体资格(具体的权利能力),^{〔83〕}即所谓的权利能力范围。前者一旦获得,即持续地拥有,例如通过登记获得法人资格,或通过登记获得“非法人组织”资格,皆在存续期间持续地拥有抽象的权利能力。在这一点上,法人登记和非法人组织登记,两者的本质是一样的,都是获得了抽象的主体资格。但是,两者的差异在哪里呢?只能在具体的法律主体资格。

对于法人,抽象的法律主体资格与具体的法律主体资格是同一的,因为法人在所有的民事活动中均有法律主体资格,无须另外规定;但是,“非法人组织”可能不同,在某一具体的民事活动中,是否具有具体的法律主体资格,需要法律特别规定。

如此看来,“具体的法律主体资格”是可以分割的,该资格的赋予具有“批发”和“零售”两种方式,前者适用于法人,一旦获得法人资格,即“批发式”地获得所有具体的法律主体资格,后者适用于“非法人组织”,虽然已有抽象的法律主体资格,但仍然需要通过多部法律分别地“零售地”赋予具体的法律主体资格,例如《合同法》第2条赋予合同主体资格,《民事诉讼法》第3条赋予诉讼主体资格,《合伙企业法》第20条赋予财产权主体资格。

“非法人组织”概念在拟制说中寻得了依存的逻辑基础,部分权利能力成为非法人组织的本质,但是,拟制说没有看到法人的实体性——法人一经登记成立,就是一个不可否认的实体和主体了,除非解散之。

在法人实在说下,一个组织一旦被拟制为法律主体,它就是一个持续存在的实体,是一个概念实体,是一个制度实体,也是一个物质实体。即使它超越目的范围,也依然是一个法律主体。虽然法律可以禁止它在某一个领域作为法律主体参与活动的资格,但是,它依然是一个作为法律主体存在的实体。

例如在上述的讨论中,如果非法人组织不具有某具体的法律主体资格,或超越了权利能力的范围,非法人组织依然为之,法律后果什么?其实,不过就是导致法律行为无效,所谓“具体的法律主体资格”或“部分权利能力”的限制,不过构成了一个效力型强制性规范而已,但法律依然将“非法人组织”视为法律主体,只是向其追究法律行为无效的责任而已。可见,即使在所

〔82〕 参见刘召成:“部分权利能力制度的构建”,《法学研究》2012年第5期,第121—135页。

〔83〕 有台湾学者区分一般权利能力和特别权利能力,参见施启扬:《民法总则》,中国法律出版社2010年版,第64页。

谓的权利能力范围之外,非法人组织的主体性依然存在。

我国采法人实在说,非法人组织概念无法成立。

当然,关于有法人人格和无法人人格之间是否存在中间状态,“不完整法人”(imperfect legal person)的说法也比较常见,^[84]但是,是量的维度上——“权利能力范围”的不完整?还是质的维度上——法人人格独立性的不完整?缺少理论论证。^[85]

(三)法人概念的符号功能:独立法律主体有无法人符号的细微差别

这里以合伙企业为例,无论在抽象的法律主体资格还是具体的法律主体资格上,非法人组织与法人无本质差异。

这里,就产生一个概念和逻辑的问题:既然合伙组织与法人在主体资格上并无实质差异,那么法人符号的意义是什么?一个独立的法律主体冠有法人符号和不冠有法人符号的细微差别是什么?

答案是,如果一个组织被赋予法人资格,它就“一揽子”地获得了抽象的和具体主体资格,在任何民事活动中均具有主体资格,而无需其他法律在特定领域如合同和诉讼等领域再另赋予其主体资格;如果一个组织没有被赋予法人资格,则应推定它在任何民事活动中均无主体资格,除非法律有特别规定。例如合伙企业,因为《合同法》《民事诉讼法》《合伙企业法》等有特别规定,所以,它获得了几乎所有民事领域的主体资格。可见,无法人资格,并不一定不能成为法律主体,与法人的差别仅在于无法人资格的组织需要其他法律在特定领域单独赋予其主体资格。相比之下,法人概念的功能就显示出来了,它只是推理的方法不同而已。

法人概念在法律推理中的另一功能是关于组织背后的成员的责任的推理。如果是法人,应推定该组织独立承担责任,独立于其投资者或成员,除非法律有特别规定,例如无限公司,它是法人,但法律规定其股东承担无限责任。如果是非法人组织,则推定它不独立承担责任,其投资者或成员承担无限责任,除非法律有特别规定,例如有限合伙无法人资格,但法律规定有限合伙人承担有限责任。

关于组织的投资者或成员,法律一般会明确规定其责任,但在一些情况下,法律也无明确规定,则需要法律推理,法人概念在推理中的功能就十分重要了。例如1988年实施的《全民所有制工业企业法》第二条规定:“企业依法取得法人资格,以国家授予其经营管理的财产承担民事责任”。该条并未明确企业背后的投资人——政府的责任,所以在实践中,有外商咨询政府对于全民所有制工业企业承担的是有限责任还是无限责任?江平教授在回答这一问题时,就从法人概念的本质出发给予答案,他说:“全民所有制工业企业是法人,应独立承担责任,法律无相反规定,所以,政府作为投资人应承担有限责任”。^[86]如果一个企业不是法人,那么,关于它的投资人的责任的推理完全相反了,推理应当是:因为该企业不是法人,所以它不独立承担责任,法律如无相反规定,其投资人应承担无限责任。

[84] Monique Koppert, “The New Dutch Partnership Act”, *European Company Law*, Volume 4, Issue 6, 2007, p267.

[85] 参见本节“非法人组织的类型谱系”部分和注[96]中的讨论。

[86] 江平教授语,笔者记于1996年中国政法大学民商法博士生“民商法专题研究”课堂笔记。

总之,除在权利和责任的法律推理上略有差别外,非法人组织(合伙企业)与法人并无实质差别,因为在实践中,非法人组织(合伙企业)在特别法的规定下,获得了与法人同样范围的具体权利能力。

(四)“非法人组织”概念是《民法总则》的败笔

首先,《民法总则》关于“非法人组织”的规定存在明显的名实不符的矛盾之处,名为“非法人”,实质具有法人的全部性质:

1.“非法人组织”是规定在第三章法人之后,列为第四章,但第108条规定“非法人组织除适用本章规定外,参照适用本法第三章第一节的有关规定。”第三章第一节是法人的一般规定,该条实质上规定“非法人组织”可以适用法人的一般规定。

2.如果说“非法人组织”在所谓的权利能力范围上与法人不同,范围若小,该概念尚具有独特性质,但是,在第五章民事权利中,第114条规定:“民事主体依法享有物权”之后,第118条、第123条分别规定民事主体享有债权和知识产权,民事主体包括非法人组织,因为《民法总则》第2条规定:“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”,该条已经认定“非法人组织”是民事主体,所以,“非法人组织”的权利能力范围与法人完全同一。

3.在行为能力上,第102条规定:“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”。第105条规定了非法人组织的对外代表机关。显然,它具有完全的行为能力。

4.在成立的方式上,第103条规定:“非法人组织应当依照法律的规定登记。”登记是非法人组织成立的前提,与法人一致。

其次,《民法总则》“非法人组织”概念的外延主要指向合伙企业等需要经登记才成立的商事主体,是严重错位。本来,这些商事企业如合伙企业,应仿民法法系商法典国家,将其改造为无限公司并赋予法人资格,但是,《民法总则》以“非法人组织”的符咒将它的命运隔绝在法人之外。这不是一种先进的立法理念。《民法总则》背后的知识谱系存在断裂。

再者,《民法总则》“非法人组织”的概念挤压了真正的“非法人组织”的法律空间,鸠占鹊巢。

实践中,真正存在问题的是,那些没有登记的组织是真正的“非法人组织”。对于它们,是仅赋予程序技术上的诉讼主体资格,还是一定范围内赋予实体上的权利义务的独立主体资格?^{〔87〕}立法技术是什么?关于这些问题,《民法总则》未触及,而将原来具有一定伸缩性和灵活性的“其他组织”概念扼杀了。变革的最终结果是,总则明确规定的“非法人组织”都是与法人本质重复的概念,而那些模糊的却具有模糊合理性和制度弹性的可司法创造(其他组织)的地方,却变成了“一片白茫茫的真干净”,出现了令人担忧的制度空白。

〔87〕 这些问题在英国的合伙法改革研究中有重点讨论:一个组织未经登记,在何种情况下可以被赋予人格。见 The Law Commission Consultation Paper No 159, The Scottish Law Commission Discussion Paper No 111, PARTNERSHIP LAW A Joint Consultation Paper, pp. 19—22, https://www.scotlawcom.gov.uk/files/4112/7892/7070/dp111_partnership_law.pdf, 最后访问日期:2017年4月30日。

(五)真正的“非法人组织”概念:以不登记为标准——梅特兰的理论

法人是国家通过特定形式拟制成为法律主体,本质是国家权力的创制,如通过特许或登记创制,但是,民间有无数的团体或无法获得国家权力的点化而成为法人,或者欲逃离国家权力的控制,但是,它们是实实在在的团体存在。国家法律对于它们是什么态度?这才是“非法人组织”的真正法律意义。

英国法学家梅特兰(Frederick.W.Maitland)在《非法人团体》(unincorporated body)和《道德人格和法律人格》两文^[88]中对此有充分阐述。他引用戴雪先生的演讲:“一群人出于某种共同的目的聚集在一起以一种独特的方式行为,那么他们就创造了一个团体(body),这种团体在本质属性上,不同于那些作为其构成部分的人。”^[89]

有的团体被拟制为法人,梅特兰说:“法人人格是一种法律拟制,它是君主的恩赐”,或“源自主权行为”(act of sovereign power)。但是,没有拟制为法人的团体呢?即没有特许没有登记的团体,它们有法律人格吗?梅特兰说:“有社团就有团体的成立(group formation),有关人格的问题也就不能避免,至少在我们还讲究逻辑思维的情况下是如此”。^[90]可见,对于未登记的非法人团体,法律对于其人格问题也应予以回应。

《德国民法典》中的“无权利能力社团”的概念本质也表现为在其成立时无国家权力参与:“设立无权利能力社团仅需一个不拘形式的设立行为和设立人所制定的章程,不需要有当局的参与,也不需要登记”。^[91]

在中国实践中,也有大量的未登记的在国家权力之外形成的非法人团体,如民事合伙、业主委员会、校友会、驴友会、老乡会、歌迷会、各种项目的筹备委员会、设立中的公司等等。在互联网时代,社交网络技术的发达促进结社,不登记的非法人组织迅速滋生,它们具有团体的真正属性,但未登记,遗憾的是,它们不能被纳入《民法总则》的非法人组织中,规范明显存在空白。

“真正的非法人组织”(非法人团体)的人格问题是法律无法回避的,各国法律以自己的方式解决这一问题。“真正的非法人组织”需要在立法上解决的问题有四个:一是财产归属,二是对外责任,三是对外代表和诉讼地位,四是成员的变更对外部关系的影响。

在英国,梅特兰说:“信托使得非法人团体不用依靠国王所授予的法人身份便能够得到一种持久的身份”。^[92]信托使得英国人在国王权力控制范围之外实现了结社自由。英国法以信托法解决了非法人团体的财产结构等问题,^[93]非法人团体中代表人或负责人担任受托人,其他人为受益人,受益人集合在信托的结构中,形成一个团体。

民法法系国家则是以共有理论和连带责任解决非法人团体(无权利能力社团)的财产关系

[88] 参见(英)F.W.梅特兰:《国家、信托与法人》,樊安译,北京大学出版社2008年版,第66页。

[89] Decey, *Combination law*, *Harvard Law Review*, Voe. xvii, June 1994, p.513.

[90] (英)F.W.梅特兰,见前注[86],第76、84、86页。

[91] (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),法律出版社2003年版,第235页。

[92] (英)F.W.梅特兰,见前注[86],第16页。

[93] Graham Moffat, *Trust Law*, Cambridge: Cambridge University Press, chapter 17 “Trust, Contract and unincorporated association”, p.852.

和对外责任问题,并承认事务执行者的对外代表权,适用合伙的规定。此外,《意大利民法典》第37条还规定了“共同基金”解决非法人社团中的财产问题。

关于第四项,英国法一直拒绝合伙(非法人团体)的法律实体性质,坚持纯粹合同关系,所以,团体内部成员的任何变化均导致对外关系的变化;但美国出现立法变化,早期与英国立法相同,^[94]1997年颁布的《修订的统一合伙法》(Revised Uniform Partnership)则采合伙实体说,即内部成员的变化不导致外部关系的变化。^[95]

(六)非法人组织的类型谱系

经过对比较法上复杂的非法人组织立法例的分析,^[96]可以形成一个关于非法人组织的谱系,如下:

非法人组织类型一:中国《民法总则》·非法人组织	——实质上的法人
非法人组织类型二:德国《民法典》·无权利能力社团	——有限的法律实体
美国《修订的统一合伙法》·合伙	——有限的法律实体
非法人组织类型三:英国法·合伙与非法人团体	——合同与信托关系

从上图可见,中国《民法总则》的非法人组织是一个比较极端的立法例。

(七)关于“非法人组织”概念的模糊认识的根源:对商事合伙主体地位理解的错位

严格说来,民法上的“真正的非法人组织”(或无权利能力社团)是不经任何登记的团体,这正是其国家权力范围之外的结社自由的表现。《民法总则》第103条规定“非法人组织应当依照法律的规定登记”,所指出的已经不是“真正的非法人组织”了。《民法总则》第102条甚至将非法人组织的外延指向个人独资企业、合伙企业,所指出的就更不是那些无需登记的“真正的非法人组织”了。

立法错位的根源很复杂,但主要根源在于,用民事合伙的理念来理解商事合伙,将商事合伙理解为民事合伙的地位,进而理解为非法人组织的地位,最后反向推理,将非法人组织的外延指向合伙企业。其实,这也是中国民法学的知识系谱上的一个问题。

[94] 参见美国著名判例:Fairway Development Co. v. Title Insurance Co., 621 F.Supp.120 (N.D. Ohio 1985)。

[95] Robert W. Hamilton, *Cases and Materials on Corporations including Partnership and Limited Liability Companies*, St. Paul: West, 2010, p.201.

[96] 笔者以为,在团体人格的立法上,人格性质从无到完整,存在两端,一端是纯粹的合同关系的人的集合,毫无人格性质,另一端是法人,具有完整的人格性质。两端之间应该存在不断过度的谱系,正如财产权谱系一样。霍菲尔德认为,只有自然人才是法律主体,法人人格是一种程序形式(procedural form),是一种法律技术,用以解决自然人的集合所涉及的复杂法律关系,集合性的法律关系最终是可以化约为个体自然人的法律关系的。那么,这种“人格化”的法律技术是否存在谱系?是值得研究的基础理论问题,这里仅列出一个初步的类型化谱系。霍菲尔德的观点见 Wesley Newcomb Hohfeld, “The Nature of Stockholders’ Individual Liability for Corporation Debts,” *Columbia Law Review*, Vol.9, 1909, pp.285—320. 批评意见见 A. Corbin, “Legal Analysis and Terminology,” 29 *Yale Law Journal*, 1919, p.164.

历史原因可能在于,上世纪90年代中国立法机关确立的现代企业制度中的三种基本类型即个人独资企业、合伙企业和公司,更多地参照英美的立法例,^[97]而非民法法系国家的先进立法例,所以个人独资企业和合伙企业没有作为无限公司法人写入公司法,^[98]而是作为两个独立于公司的企业类型予以确立。虽然合伙企业在立法中已是独立法律主体或实质上的法人,但仍以英美法系的合伙理论或民法法系的民事合伙理论来解释合伙企业,认识错位因此产生,进而将商合伙视为“无权利能力的社团”或“非法人组织”,而不作为法人看待,名实分离。

在理论上,需要回答一个基本问题:商合伙是否可能是“真正意义上的非法人组织”?

其实,经登记而成立的商事合伙已不是“真正的非法人组织”,在许多民法法系国家,商事合伙已经改造为无限公司法人了。

英国情况却不同,^[99]合伙(商事合伙)是“真正的非法人组织”,不是法律上的实体(legal entity),更无主体资格,但是问题是,合伙从事商事活动,在英国难道不需要登记吗?所谓登记在理论上应有三种,需具体分析,一是主体地位登记(如法人登记),二是营业登记,三是税务登记。在英国,合伙从事营业活动,只需要税务登记,无主体地位登记,也无营业登记,除非涉及特殊行业的营业许可,而税务登记丝毫不影响合伙人之间的合同关系,没有使得合伙获得法律主体地位的需要。

我国合伙企业的登记却含有上述全部的三项,合伙企业通过登记已经成为民事主体,所以它不是“真正的非法人组织”,本质上是法人。在中国,营业登记是强制的,并且与主体资格相捆绑,背后更深层次的原因在于,国务院2002年12月颁布的《无照经营查处取缔办法》事实上确立了一项重要原则:“任何营业行为均需营业登记”,而营业合伙在中国只有一种营业登记形式——合伙企业的设立登记,所以,营业合伙在中国只能是合伙企业,而不可能是“无权利能力的社团”,或者说不是纯粹合同关系的个人合伙。

(八)可能的补救措施:民法典《合同编》将民事合伙的概念改造为真正的“非法人组织”概念

既然《民法总则》的非法人组织不是“真正的非法人组织”,而“真正的非法人组织”又需要民法典的规范,空白如何填补?可以考虑在未来合同编中写入合伙,扩大合伙的概念的外延,将合伙构造成“真正的非法人组织”。或者在民法典最终编纂时,修订《民法总则》的非法人组织概念。

(九)非营利组织中的非法人型组织将被取消:与《民法总则》相反的改革

在《民法总则》浓笔重彩地规定“非法人组织”概念时,我国在非营利法人领域里,将取消非法人型的组织,立法声调不太和谐。

目前,基金会和社会团体只能登记为法人,存在非法人型组织的领域是民办非企业单位

[97] Brenda Hannigan, *Company Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp.26—27.

[98] 德国、瑞士等国不认无限公司为法人,法国、日本等国认其为法人。德语 offene Handelsgesellschaft 一词译为中文时,有译本译为“无限公司”,有译本译为“普通商事合伙”。

[99] 英国1862年公司法引入了无限公司,所以客观的说,英国同时存在法人化的合伙(unlimited companies)和纯粹合同关系的合伙(partnership),这可能也是英国无须将partnership提升为法律主体或法人的原因。参见 Thomas B. Courtney, *supra* note 70, p.35.

(社会服务机构)。但是,民政部正在修订《民办非企业单位登记管理条例》《社会服务机构登记管理办法》,征求意见稿已经废除个体和合伙型的民办非企业单位,修订理由充分且先进,^[100]这预示着在非营利组织领域,将只存在法人,而无非法人组织,原先的非法人组织将纳入法人组织中。但是,在非营利组织领域中,那些“未登记的非营利组织”的法律地位是什么?依然是空白,依然依赖于民法典关于“无权利能力社团”的规定或《非营利法人法》的规定。2015年11月的《慈善法》(草案)第114条曾对“未登记的非营利组织”作出过开创性的规定:“以开展慈善活动为宗旨的非营利组织即使没有登记,也可以开展力所能及的慈善活动,但应当遵守本法相关规定,并依法享受相关权益”。但是,最终颁布的《慈善法》却将其修改为第111条:“慈善组织以外的其他组织可以开展力所能及的慈善活动”。后者显然忌讳“没有登记”四字,这样,两种表述的宗旨和蕴意,就明显不同了。

九、民法典无处安放的信托:隐蔽的法人

中国自2001年颁布《信托法》,信托特别是商事信托发展迅猛,截止2016年末,信托公司所管理的信托资产总额已达20.22万亿,居四类金融机构中的第二位,仅次于商业银行,信托法日显重要,但是信托法作为英国衡平法的产物,在大陆法系民法典的结构中处于什么地位?

在理论上,民法典有三种立法例安置信托:一在财产法中,如《阿根廷民法典》第2662条在“不完全的所有权”概念的基础上,引入了信托;^[101]二是在合同法中,如2013年《匈牙利民法典》在合同编设有名合同“资产管理信义合同”(Fiduciary Asset Management Contracts),引入信托;三是民事主体中,引入信托,因为信托是一个隐蔽的法人。

信托是一种“寄居型”主体,它寄居于受托人的人格而成为一个隐蔽的法律主体。受托人的人格实质上一分为二,一是其本身的人格,背后是其个人财产,一是信托人格,背后是信托财产,但在表面上两种人格却是合二为一的。

近来,在英美法系,法律趋向以一定的形式承认信托的主体性质,最典型的是美国《统一法定信托实体法案》,^[102]它规定,经过法定程序的登记,商业信托可以自己名义取得与持有财产、签订合同、发行证券、起诉应诉等。在部分国家和地区,“信托受托人”职位还可登记为独任

[100] 征求意见稿统一了社会服务机构的组织类型,取消了个体型和合伙型,将社会服务机构统一为非营利性法人,理由如下:一是与《民办教育促进法》的规定保持一致。二是使申请人的权利义务对等,按照非营利组织的基本要求,社会服务机构的申请人不能从盈余和剩余财产中分配,但个体型、合伙型组织出现财务问题却要承担无限连带民事责任,显失公平。三是要求社会服务机构遵循法人治理结构和运作方式,有利于保持其非营利性。见前注[55],<http://www.chinanews.com/m/gn/2016/05-26/7884156.shtml>,最后访问日期:2017年4月30日。

[101] 《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译注,法律出版社2007年版,第563—564页。

[102] *Uniform Statutory Trust Entity Act* § 102 cmt. (2009). 该法案将信托分为制定法上的信托(statutory trust)和普通法上的信托(common-law trust),前者是法律上的人,后者不是。

法人(corporation sole),^[103]实质上也将信托建构成为法人了。

即使法律不明确承认信托的主体性质,但从学理的角度看,也不可否认信托是一种隐蔽的主体。当然,法律若不明确承认信托的主体性质,信托作为一种隐蔽的主体,只能以受托人的名义从事活动,而不能以自己的名义。如果法律授权信托可以以自己的名义从事活动,其实就揭开了面纱,将信托脱离隐蔽的主体状态,成为一个显示的主体了。

《民法总则》对于信托未作规定,这是一个遗憾。

十、结语:不应吝嗇法人的供给

法人制度发展早期,法人拟制说和法人人格国家特许说(the concession theory)盛行,法人是一种国家管制的工具。英国法学家戴雪在《19世纪英国的法律和舆论关系的演讲》一书中分析伯明翰繁荣的原因时写道:“伯明翰的繁荣归因于它在理论上是一个村镇,而不是一个市政法人,各种权利得以保留,避免了沦为法人的种种不利”。^[104]

今天,法人的功能已经发生了实质性的变化。凯尔森说:“法人的本质是一种人格化的秩序,是以法律人格为工具调整人的行为秩序”。^[105]法人已经超越过去国家管制的功能,而成为构造社会自组织秩序的一个重要工具。

在中国社会和经济改革中,法人制度是“创新社会治理体制”^[106]的发动机,中国民法典应立足先进理念,实现中国法人制度的变革。

在法人制度上,立法者应向社会充分供给法人,促进经济繁荣,激发社会活力,提升人民福祉。有几项重要的改革可以考虑:

一、《民法总则》确立营利法人和非营利法人的元分类,应成为今后我国法人立法的重要指南。

二、在法人形态的立法上,应采概括类型化的立法技术。将《公司法》定位为营利法人的基本法,将个人独资企业和合伙企业纳入《公司法》,改造为无限公司,赋予法人资格,^[107]废止现行的《个人独资企业法》和《合伙企业法》,将《非营利法人法》定位为非营利

[103] 如肯尼亚的《公共受托人法》:The Public Trustee under the Public Trustee Act Cap 168 is the Corporation sole and is therefore self perpetuating and does not need substitution by individuals. <http://www.kenyalawresourcecenter.org/2011/07/trustees.html>, 最后访问日期:2017年4月30日。

[104] A.V.Decey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, New York: Macmillan, 1948, p.118.

[105] (奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第112页。

[106] 参见中国共产党十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

[107] 参见杨会新:“商事主体的多元化——中国法学会商法学研究会2006年年会综述”,载《国家检察官学院学报》2006年第6期,第137—145页。其中记载了10年前中国商法学会的一次学术讨论:“中国政法大学王涌教授从分析合伙企业的财产关系入手,主张应当赋予合伙企业法人资格。他认为,用共有理论解释合伙企业的财产关系,导致了财产关系的混乱。合伙企业作为成熟的商事主体,特别是商事活动对商事主体的本身要求,使得合伙企业的独立性,特别是财产的独立性日益突出”。

法人的基本法。

三、尽快规划制订《非营利法人法》，非营利法人的设立向所有的非营利目的开放。除特殊功能的非营利法人外，其他的均采准则制，放开非营利法人的设立，诸如业主委员会、^{〔108〕}甚至合作社等重要的民间组织，均可以自愿登记为非营利法人，而获得法人资格。

四、非营利法人制度改革应以我国营利法人（公司法）制度为榜样，形成“准入开放”和“治理完备”的最优局面，尽快从目前的“准入限制”和“治理空白”的落后状态中走出来。

五、在民法典最终汇纂时，考虑废止“非法人组织”概念，将该概念下的相关组织纳入法人中，此外，规定“无权利能力社团”的概念。

六、民法典法人篇应对信托做一般规定，公益信托和商事信托通过特别的登记程序可以获得法人资格，或者可以信托自身的名义从事民事活动。

总之，法人是一个“好东西”，立法者不应吝嗇法人的供给。

Abstract: Why General Provisions of Civil Law finally adopted the standard of “for-profit v. non-profit” as the meta-classification of corporations? The reasons lie in that, firstly to follow the tradition, and secondly to deal with the practical problems of nonprofit corporations in China. It is a reasonable classification. The general provisions of corporations for profit plays a part of functions as general provisions of commercial code. Meta-classification is connected closely with the doctrine of Numerus Clauses of corporations. The classification of association corporation v. endowment corporation is made in term of organs structure. It is possible for the two types to be overlapped in practice. There are so many problems in legislation of nonprofit corporations, such as structural reduplication and hollow holes of governance that Nonprofit Corporations Act is needed. The concept of “unincorporated organization” is not a successful creation. In nature, unincorporated organization is a corporation and trust is also a hidden corporation. Corporation is a tool of self-organization for society. Legislation should fit a variety of “unincorporated organizations” into the categories of for-profit or non-profit corporations. The partnership enterprise should be transformed into unlimited company with corporation status. Civil code is expected to abolish the concept of “unincorporated organization”, and should be generous for supplying sufficient forms of corporations for society.

Key Words: Meta-classification; Non-profit Corporation; Association Corporation; Stiftung; Unincorporated Organization

(责任编辑:薛 军)

〔108〕 在美国，业主委员会可以登记为非营利法人。试举一例：VILAS CONDOMINIUM ASSOCIATION, INC. (A Texas Nonprofit Corporation) 是美国德克萨斯州一个居民社区业主委员会，它登记为非营利法人。